جامعة الجزائر
كلية الحقوق –بن عكنون-

تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية

من إعداد الطالبة:
عاشور فطيمة

إشراف الأستاذ:
لغوثي بن ملحة

أعضاء اللجنة المناقشة:

الأستاذ		رئيسا
الأستاذ	لغوثي بن ملحة	مشرفا
الأستاذ		عضوا

السنة الدراسية : ٢٠٠٣ ـ ٢٠٠٤

مـــــقـــدمـــــــــة:

-العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر جرى التعبير عنها لغاية إنتاج آثار قانونيـة ويعتبر العقد من أهم مصادر الإلـتزام ذلك لأنه يرتب إلتزامات على عاتق المتـعاقدين فهذه الإلتزامات لا يمكن التهرب منها أو العدول عن الإرادة التي جسدت في العقـــد على أساس أنه شريعة للمتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الـطرفين وبذلك فإن العقد يمر بمراحل هي :

مرحلة التكوين: وفي هذه المرحلة تقوم الأطراف بتبادل إرادتا ومنقاشة جميـع نقـاط العقد حتى الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف ويجد كل إيجاب قبولا من الطرف الأخر. ويصبح بذلك عقدا تاما .وينتقل العقد بعد ذلك إلى مرحلة ثانية.

مرحلة التنفيذ: هي من أهم مراحل العقد حيث يحقق من خلالها العقد الأهداف الـــتي وجد من أجلهاو يجد الأطراف أنفسهم ملزمين بالسهر على تنفيذ ما يريده الأطـراف وفقا لحسن النية فيحرص كل طرف على أن يتعاون ويبذل جهدا لتنفيذ كل ما ورد في العقد.

ولكن قد يحصل أن يتعذر على الأطراف تنفيذ العقد أي تنفيذ التزاماتم وذلـك بســبب ما يعتريه من غموض يحول دون تنفيذه ،حيــث يتجه كــل واحــد مــن المتعاقدين إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الآخر ، ويدعي اختلاف التعبير لما اتجهت إليه إرادته.

وهنا يأتي دور القاضي الذي يكون ملزما بفض الـ اع عن طريق تفســير العقد ورفـع الغموض واللبس عنه بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ذلك أن الإلتزامات الناشئة عن العقد تتحدد وفقا لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فالعقد هــو توافــق إرادتين ومن ثم فاإلتزامات الناشئة عنه تتحدد بما اتجهت إليه هاتان الإرادتان معا. لا وفقا لما اتجهت إليه إرادة أحدهما دون الآخر.

وإن عملية تفسير القاضي للعقد ليست بمعزل عن البحـث في تكوينـه فعلـى القاضي أولا وقبل البدء في عملية التفسير أن يقف على مرحلة تكوين العقد ، فمهمـة القاضي لا تقتصر على تحديد مضمون العقد بإيضاح الغامض منه تمهيدا لتنفيذه ، بل تبدأ من التأكد أولا من وجوده باشتماله على أركانه الأساسية من رضـا ومحـل وسـبب وشكلية في العقود التي تتطلبها و شروطه الضرورية.

إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان العقد صحيحا وبالتـالي قابلا للتنفيذ وحتى أن المشرع نفـسه لم يعالج موضوع التفسير إلا بمناسبة البحـث في آثـار العقـد في المادتين١١٢/١١١ من القانون المدني الجزائري .

وبعد أن ينهي القاضي التأكد من ثبوت العقد فإنه يحاول تحديد مضمونه من خلال تفسير الغامض وإيضاح المبهم، فهو بذلك يجد نفسه أمام حالات ثلاث لا يخلـو منـها العقد.

_ الحالة الأولى وهي الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة في دلالاتا وتكـون هذه الدلالات مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيكون العقـد ملزمـا للمتعاقدين بما أفصحت عنه عباراته .

وفي هذه الحـالة لا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الـظاهرة فالأصـل أن العبارة الواضحة تترجم بوضوح إرادة المتعاقدين .

_الحالة الثانية : قد تكون العبارة الواضحة في جملتها تدل على معنى معين ولكـن مـن ظروف التعاقد بصفة عامة ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعـنى لإرادة الأطـراف وأن المتعاقدين قصدا با معنى غير معناها الظاهر.

-الحالة الثالثة : قد تكون عبارات العقد غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح وتذوب الإرادة الحقيقية في ظل الغموض .

و في هاتين الحالتين الأخيرتين الأمر يحتاج إلى تدخل القاضي لتفسير العقدقـصد رفـع اللبـس والغموض عنه والوصول إلى النيـة المشتركة التي أرادهـا المتعاقدان.

وبالتالي فالتفسير ضرورة لإنقاذ العقد من الخروج عن الغاية التي أبرم من أجلـها وحماية المتعاقدين من الإرهاق حيث تتحدد ما اتجهت إرادتهما فعلا للإلتزام به دون زيادة وإثقال ،ودون تهرب وإهمال . ذلك أن القاعدة في التفسير احترام إرادة المتعاقدين طبقـا لمبدأ : " العقد شريعة المتعاقدين".

إن مشكلة التفسير تضرب بجذورها في أعماق التاريخ ومنذ زمن العقد الرومـاني وإن كانت في البداية مهمة التفسير تقتصر على تثبيت اللفظ الذي صدر من المتعاقـد إذ ما كان وفق الطقوس الرسمية المقدرة دون الاهتمام بالنية المستترة.

وقد تغير ذلك بعد أن فرضت الشكلية نفسها في العقود، و أصبحت المـشكلة تأخـذ طريقها في الظهور، إذ يجد القاضي نفسه أمام عنصرين هما : الإرادة الباطنة للمتعاقـدين من جهة والتعبير المادي عنها من جهة أخرى.

وبدأ الطرفان في النزاع أحدهما يتمسك بالإرادة الباطنة ويتجاهل التعبير عنها والأخـر يتمسك بالتعبير لأنه الملموس، لكن على القاضي أن يحسم النزاع.

وبدأت النظريات الفقهية في الظهور فانقسم الفقه إلى فرقين, أحدهما تمـسك بـالإرادة الباطنة كونها الأصل, و الثاني يعتد بالإرادة الظاهرة كونها الإرادة التي تظهر للملأ.

إلا أن القاضي يحاول أن يجد أفضل السبل التي توصله إلى النية المـشتركة للمتعاقـدين وبالتالي يصل إلى تحديد مضمون العقد .

وإذا كانت العقود تحتل مكانة هامة في كافة المجتمعات ، فان تفسيرها من الأولويات ومنذ القدم .

ذلك أن التفسير يمهد للتوصل إلى تحديد إطار العقد فيكشف عن إرادة المتعاقدين ويحدد حقوق كل طرف من الأطراف وما يتحمل من إلتزامات .

من هنا فأهمية الموضوع تكمن في دور عملية التفسير, كونها العملية التي تمكن القاضـي من تحديد مضمون العقد ، والوقوف على الإلتزامات التي تولدها لكي يتسنى تطبيقه.

وان تحديد ما التزم به المتعاقدين لا يكون إلا من خلال مجموعة من العناصر التي يجب أن تتوفر لديه فعليه أن يعطي للعقد التكييف المعين ، ذلك أن التكييف يرتبط ارتباطـا وثيقا بتفسير إرادة الطرفين ، فالقاضي لن يصل إلى تكييف العقد إلا عن طريق تفـسير إرادة الطرفين ، فغالبا لا يتيسر بدون التفسير الوصول إلى تكييف العقد تكيفا صحيحا .

و اجتماع عمليتي التفسير والتكييف يمكن القاضي من الوصول إلى تحديـد مـضمون العقد.

ورغم الأهمية البالغة التي يلعبها دور التفسير في تحديد التزامات المتعاقدين برفع الغموض واللبس عن العقد ، وتحديد مضمون العقد في جملته ، إلا انه لم ينال حقه من الدراسة ، فنجده عبارة عن إشارات فقط في كتب مصادر الالتزام ، ولكن لم يـدرس الموضـوع بصفة منفصلة و مفصلة وموسعة لما له من أهمية بالغة.

وعليه اغتنمت الفرصة لأتطرق إلى هذا الموضوع لتعرف عن كثب على العملية الـتي يقوم با القاضي لإنقاذ العقد من الخروج عن غايته وهي التفسير .

إن الكلام عن موضوع تفسير العقد يجرنا إلي البحث في عدة نقاط تمثـل الإشكالية التي يدور حولها الموضوع ،و تتمثل هذه النقاط فيمايلي :

-ما هو عنصر التمييز بين التفسير كنظام و الأنظمة المقاربة له ؟

-بما أن التفسير عملية يقوم بها القاضي للبحث عن النية المـشتركة للمتعاقـدين، فمـا المقصود بهذه النية المشتركة ؟وما هو المصدر الذي نعتد به في استخراجها ؟

- ما هي القواعد التي يستعين بها القاضي للوصول إلى رفع الغموض عن العقد وتفسير إرادة الأطراف ؟

-و كيف يمكن لقواعد الإثبات أن توصل القاضي إلي تفسير العقد ؟

-هل يجوز للقاضي تفسير العبارات الواضحة ؟

-ما هو معيار تمييز العبارات الواضحة عن الغامضة ؟

- في حالة ما إذا استحال على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أو الشك في كونها النية الحقيقية التي اتجهت إليها إرادتاهما ، وما هو الحل الذي يلجأ إليه القاضي وهو ملزم بتفسير العقد وفض النزاع ؟

- ما هو دور المحكمة العليا من عملية التفسير ؟ وهل يخضع القاضي للرقابة من طـرف قضاة القانون عند قيامه بعملية التفسير ؟ .

وإذا كانت هنالك رقابة ما هي حدود هذه الرقابة ؟

للإجابة عن كل هذه التساؤلات اقترحت الخطة التالية محاولة الإلمام بالموضوع من جميع جوانبه وتسليط الضوء على أهم النقاط التي تستدعي الدراسة .

خطة البحث

الفصل الأول : تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

المبحث الأول : مفهوم التفسير.

المطلب أول : ماهية التفسير .

- الفرع ١ : التعريف بالتفسير .
_ الفرع ٢ : الحاجة إلى التفسير.
_ الفرع ٣ : أقسام التفسير
_ الفرع ٤ : صور التفسير .

المطلب الثاني : التمييز بين التفسير والأنظمة المقاربة له .

- الفرع ١ : الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد .
- الفرع ٢ : الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون .
-الفرع ٣ : الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد .
-الفرع ٤ : الفرق بين تفسير العقد وتعديل العقد .

المطلب الثالث : البحث في النية المشتركة للمتعاقدين .
- الفرع ١ : تعريف النية المشتركة .
- الفرع ٢ : الأخذ بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة .
- الفرع ٣ : الأخذ بالإرادة الباطنة في التعرف على النية المشتركة .
- الفرع ٤ : موقف المشرع الجزائري من النظريتين.

المبحث الثاني : القواعد الأصولية في التفسير .
المطلب الأول : التفسير في حالة وضوح عبارات العقد
الفرع ١ : تعريف العبارات الواضحة .
الفرع ٢ : مدى جواز تفسير العبارات الواضحة
المطلب الثاني : التفسير في حالة غموض عبارات العقد.
- الفرع ١ : الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة .
الفرع ٢ : قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد.
الفرع ٣ : قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد .
المطلب الثالث : تأثير قواعد الإثبات في التعرف على نية المتعاقدين .
الفرع ١ : الإلتزام بالقواعد العامة للإثبات .
الفرع ٢: جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات .
الفرع ٣ : الفرق بين العبارات الواضحة والغامضة في مدى جواز الاستعانة بوسائل الإثبات.

الفصل الثاني:

التفسير في حالة استحالة الوصول إلي النية المشتركة للمتعاقدين ودور المحكمة العليا .

المبحث الأول :قواعد التفسير الموضوعية
المطلب الاول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين
فرع ١ : مدلول القاعدة .
فرع ٢ : شروط تطبيقها .
المطلب الثاني : تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان .

فرع ١ : تعريف عقد الإذعان .
فرع ٢ : طبيعة عقد الإذعان .
فرع ٣ : تفسير عقد الإذعان
فرع ٤ : أساس تقرير القاعدة .
المبحث الثاني : دور المحكمة العليا من عملية التفسير .
المطلب الأول : التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون في عملية التفسير .
فرع ١: معيار التمييز بين الواقع والقانون .
فرع ٢ : ما يعتبر قانونا في التفسير يخضع لرقابة المحكمة العليا .
المطلب الثاني : الواقع في التفسير وسلطة قاضي الموضوع .
فرع ١ : حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسيره للوقائع .
فرع ٢: النتائج المترتبة على السلطة التقديرية للقاضي .
الخاتمة :

الفصل الأول :

تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

سوف أتطرق من خلال هذا الفصل إلى مفهوم التفسير المتمثل في البحث عن النيـة المشتركة للمتعاقدين ، حيث أتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التفسير كعملية فنيـة بتعريفه وتمييزه عن الأنظمة التي تشابه ثم إلى مصدر النية المشتركة والتي تمثـل أسـاس عملية التفسير. ثم في المبحث الثاني إلى القواعد التي يستعين بها القاضي للوصول إلى رفع اللبس والغموض عن العقد .

المبحث الأول :

مفهوم التفسير

لقد ارتأيت قبل أن أخوض في عمق عملية التفسير أن أتطرق إلى ماهية التفسير وتمييزه عن باقي الأنظمة وكذلك البحث في مكنون النية المشتركة للمتعاقدين والتي تمثل المحور الذي يقوم عليه عمل القاضي ،وذلك من خلال المطالب الثلاث التالية

المطلب الأول :

ماهية التفسير.

الفرع الأول :

تعريف التفسير:

-أ / التفسير لغة :

التفسير لغة يعني شرح ما هو غامض، واللفـظ مـستوحى مـن الكلمـة اللاتينيـة (interprétation).

ويؤخذ من المعاجم اللغوية أن المقصود بالتفسير هو كشف المغطى ،وكذلك هو الإبانة والتوضيح فيقال : فسر الشيء أي وضحه وكشف عنه (١).

١ - فاكهة البستان الصفحة ١٠٨٠

وقد جاء في المصباح المنير: " فسر فسرت الشيء تفسيرا من باب ضرب بنيته وأوضحه " (١)

ب / التفسير في المعنى الإصطلاحي :

لقد تعددت تعاريف التفسير في معناه الإصطلاحي حيث استند البعض في تعريفه إلى الهدف من عملية التفسير ، والذي يتمثل في تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه هو "تحديد مضمون القاعدة أي المعني المراد منها "(٢)

عرف الأستاذ توفيق حسن فرج :"يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين ، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الإلتزامات التي يولدها "(٣)

وكذلك يعرفه الأستاذ JOSSERAND: " تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه." (٤) بينما اعتمد البعض الآخر على الأساس الذي يقوم عليه, و هو الإرادة الحقيقية للطرفين فعرفوه أنه :"استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين ".(٥)

ويعرفه الأستاذ فلالي علي :" تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة " (٦)

١-المصباح المنير الجزء ٢ الصفحة ٦٤٧

٢-الدكتور جميل الشرقاوي دروس في أصول القانون دار النهضة الطبعة ١٩٧٢الصفحة٨٤

٣- الأستاذ توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية دار النهضة العربية الطبعة الثالثة صفحة ٦٤٧

4-louis josserand cours de droit civil positif françai . t2 paris1933 page 125

5-Demolombe cours de code napoléon traite des contrats tome 2 paris 1869 page 20

٦-الدكتور فيلالي علي الالتزامات النظرية العامة للعقد مطبعة الكاهنة سنة ١٩٩٧ صفحة ٣٠٧علي الهامش

تعريف MAZEAUD :" يقصد بتفسير العقد ذلك التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند نشوب نزاع بين متعاقدين فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين ".(١)

ويعرفه البعض الآخر على أساس الباعث وهو البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقـدين والهدف من شروطهم وتعهداتم.

ويقول الأستاذ صبري السعدي :"هو أن يقف القاضي على قـصد الإرادة المـشتركة للمتعاقدين " (٢)

فأرى التعريف السليم هو الذي يلم بمفهوم التفسير كعملية فنية دون الاقتـصار علـى تعريف اللفظ ذاته أو الغرض منه أو الأساس أو الباعث وبذلك يمكن أن نعرف التفسير على أنه : " تلك العملية التي يقوم با المفسر بسبب ما اعترى العقد من غمـوض مـن أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا إلى العقـد في حـد ذاتـه والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به" .(٣)

و بصيغة أخرى : التفسير يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

وقد نظم المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالجته آثار العقد في المادتين ١١٢/١١١ من القانون المدني الجزائري إلا أنه استعمل في المادتين مصطلح التأويل بدلا من التفـسير وذلك على غرار التشريعات العربية .

وقد جاء في النص باللغة الفرنسية مصطلح (interprétation). والذي يعني التفسير والأرجح أن نستعمل التفسير بدلا من التأويل .

1-Mazeaud leçon de droit civil tom 2 4em édition page 373

٢-الدكتور صبري السعدي شرح القانون المدني الجزائري نظرية العقد ج ١ مصادر لالتزام التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة دار الهدى عين ميلة طبعة ١٩٩٢-١٩٩٣ الصفحة ٢٢٨

٣-الدكتور عبد الحكم فوده تفسير العقد في القانون المدني المصري مقارن منشأة المعارف الأسكندرية الطبعة ١٩٩٣ الصفحة ١١

وذلك أن التأويل عند فقهاء الإسلام يختلف عن التفسير ، فالأول تبيين المراد من الكلام على سبيل الضن والثاني تبيين المراد منه على سبيل القطع .

فالأصل في كل نص أن له معنى ظاهرا والمراد فهمه وليس هناك مجال لإهداره أو تغيره أو إرادة معنى آخر محتمل. فالنص يكون مفسرا وقطعي الدلالة و نكون هنا بصدد التفسير أما إذا كان المعنى الظاهر قابلا للصرف إلى معنى آخر مرجح إذ يكون الـنص قـابلا للتأويل ،ويصبح معنى النص في هذه الحالة على سبيل الضن لا القطع .

حيث في معجم فاكهة البستان :"أن الفرق بين التفسير و التأويل أن التفسير هو إيضاح معنى اللفظ والتأويل هو سوقه إلى ما يؤول إليه.(١)

- *الفرق بين التفسير والتأويل .* إنه قد سبق أن عرفنا التفسير اصطلاحا أما التأويل فهو في اللغة العربية مآل الشيء ومرجعه .

أما اصطلاحا: فهو صرف اللفظ عن معناه الظاهر و إرادة معنى آخر يحتمل اللفظ الدلالة عليه .

الأصل في كل نص أن يكون له معنى ظاهر متعين فهمه ولا احتمال لصرف اللفظ عنه و إرادة معنى آخر فهذا هو النص المفسر .

وإذا كان هذا المعنى الظاهر من النص ليس متعينا فهمه بل يترجح فهمه فقط لظهـوره وتبادره ولكن يحتمل أن يصرف اللفظ عنه ويراد منه معنى غيره فهذا هو النص الـذي يحتمل التأويل .(٢)

إذن فإن التفسير والتأويل يشتركان في أن النص المراد تفسيره أو تأويله هو نص غـامض ويختلفان فيعطينا التأويل المعنى المرجح من النص، أما التفسير المعني المراد منه

١- فاكهة البستان المرجع السابق الصفحة ١٠٨٣

٢-- الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بحث في تفسير النصوص وتأويلها مقدم في مجلة الاقتصاد والقـانون مارس ١٩٤٧ السنة ٠٨ العدد الاول الصفحة ١٩٠

أما في القاموس المحيط :

" *فالتفسير والتأويل واحد وهو كشف المراد من الشكل ،والتأويل رد أحد المحتملين إلى* ما يطابق الظاهر (١).

وبذلك فإن استعمالنا لمصطلح التفسير يكون أولى من استعمالنا لمصطلح التأويل رغـم تقارب مدلول المصطلحين .

الفرع الثاني :

الحاجة إلى التفسير .

إن البحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاد العقد والبحث في صحته إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا حتى يكون قابلا للتنفيذ, كما أنه لا تطرح مسألة التفسير إلا في العقد الغامض ولكن :

أ –يجب أن يكون العقد صحيحا :

فتفسير العقد لا يكون بمعزل عن البحث في تكوينه، وكون العقد صحيحا إذا اسـتوفى جميع أركانه و شروطه.

- إما بالنسبة للمسألة الأولى فإن العقد لا يكون موجودا إلا إذا توفر على جميع أركانه من رضا، ومحل وسبب وكذلك الشكلية بالنسبة للعقود التي أوجب القانون إفراغها في شكل رسمي ،فإذا كانت هذه الأركان غير موافقة للقانون و مخالفة للنظام العام وطبيعـة العقد ،أو تخلفت هذه الأركان أو أحدها يكون العقد باطلا.

- أما بالنسبة للمسألة الثانية والمتمثلة في شروط الصحة فإن العقد بتخلفها يكون قابلا للإبطال ، وهذه الشروط متعلقة بصحة الرضا ،حيث أنه إذا مس الرضى عيـب مـن العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال فهذا يؤدي إلي قابلية العقد للإبطال

١--قاموس المحيط المرجع السابق الصفحة ١٥٩٥

فلا بد على القاضي أن يبحث في تكوين العقد أولا فلا جدوى إذا كان العقد باطلا إذ لا يمكن تنفيذه (١)ويكون العقد صحيحا إذ توفر علي مايلي :

- ١) الرضا :

الرضا هو ركن جوهري في العقد ذلك أن العقد يستمد منه قوامه ويقصد بـه اتجـاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب .(٢)

ويجب أن تكون هناك إرادة صادرة من شخص كامل الأهلية ويتلقاها الطرف الثـاني بالقبول ، ويتم التعبير عن هذه الإرادة بوسائل التعبير التي خولها المشرع والتي نص عليها القانون المدني الجزائري في المادة ٦٠

إضافة إلى وسائل التعبير الضمنية ويجب أن يكون الرضا خاليا من العيوب الـتي تفـسد الإرادة مثل الغلط الذي نظمه القانون المدني الجزائري في المواد ٨١إلى ٨٥ والتـدليس في المواد ٨٦إلى ٨٧ ،والغبن في المـادتين ٣٥٨و٣٥٩ ،و الاسـتغلال في المـادة٩١ ، الإكراه في المادة ٨٩

فإذا كان رضا المتعاقد يشوبه عيب من العيوب فيكون غير صحيح وبذلك فإن العقـد يكون قابلا للإبطال .

- ٢) المحل :

ويقصد بالمحل محل العقد وهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار..الخ.

١-أنظرفي هذا الشأن د.عبد المنعم فرج الصده نظرية العقد في القوانين العربية دار النهضة العربيـة طبعـة ١٩٧٤بند ٢٧٦ صفحة ٤٥٥، اندرد. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المصري ج ١ نظرية الالتزام طبعة الثانية ١٩٦٣ صفحة ٨٠٠، ايضا د. احمد زكي شبني تكوين العقد وتفسيره مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٩ عام ١٩٤٩ صفحة ٣٥

٢-د.صبري السعدي المرجع السابق صفحة ٧٩

ويجب أن يكون المحل مشروعا غير مخالف للنظام العام ، وإذا كان خلاف ذلـك فـإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا وذلك أن المشروعية من النظام العام .المـادة ٩٦ مـن القانون المدني الجزائري .

٣ -) السبب :

هو الركن الثالث من أركان العقد ويقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليـه ونستطيع الوصول إلى سبب العقد بالإجابة عن السؤال لماذا التزمت ؟

ويجب أن يكون السبب مشروعا وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة ٩٧ من القانون المدني الجزائري .

٤-) الشكلية :

إن الشكلية تعد ركنا رابعا في العقد ونخص بالذكر العقود التي أوجب المشرع إفراغها في شكل رسمي ، فيقع تحت طائلة البطلان كل عقد أوجب إفراغه في شـكل رسمـي وأهملت فيه الشكلية وإجراءات الشهر والتسجيل وقد نصت على ذلـك المـادة ٣٢٤ مكرر ١.

إلا أن الشكلية لطالما ثار جدل في شأنها فهناك من اعتبرها وسيلة إثبات وليست ركن في العقد و تخلفها لا يعرض العقد للإبطال ، ومنه من حلل نص المادة ١/٣٢٤ على أن الشكلية هي الركن الرابع من أركان العقد .

وقد أصدرت اجتهادات قضائية عديدة في هذا المجال منها من قضى بأن الشكلية ركـن من أركان العقد وبذلك أبطلت العقود الرضائية التي لم تتول الشكلية فيها ، ومنهم من اعتبر أن الشكلية هي وسيلة إثبات للعقد.

إلا أنه صدر قرار من الغرف المجتمعة للمحكمة العليا يوحد الاجتهادات القضائية التي اعتبرت الشكلية ركن في العقد وليست وسيلة إثبات.

- فإن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح ، فالعقد الباطل أو القابل للإبطال لا يمكن أن نتحدث عن التفسير بصدده.

ب- يجب أن يكون العقد غامضا:
وبين بعض الفقهاء أن عملية التفسير بالضرورة تستلزم البحث في صحة العقد ويجب أن نحدد أنه لا يمكن أن نطرح مسألة التفسير إلا إذا كان العقد غامضا.
فقد تكون عبارات العقد واضحة وبالتالي لا يجوز الانحراف عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين وقد تكون العبارة غير واضحة مع إمكانية التعـرف علـى إرادة المتعاقدين إذن يتعين على القاضي أن يفسر العبارة وهو في محل ذلك يجب عليه أن يبحث عن النية المشتركة .(١)
فإذا كان العقد واضحا بمعنى أنه لا يوجد لبس في التعرف على النية الحقيقية للمتعاقدين فلا يمكن في هذه الحالة للقاضي أن يجتهد لتفسير العقد . بمعنى آخر لا يكون هناك مجال للتفسير .
وإن مسؤولية تحديد غموض العقد من عدمه إنما تدخل ضـمن اختـصاصات قاضـي الموضوع فله السلطة التقديرية في الوصول إلى القول أن العقد غامض. فهو لن يقف عند إدعاء الطرفين الغموض بل عليه استعمال رجاحته وسلطته التقديرية في تحديد ذلـك . و هذا يدخل ضمن مسائل الواقع وله أن يستعين بكل الظروف التي تمكنه من التميز في ما إذا كانت العبارات غامضة.مراعيا في ذلك وضع الأطراف ، ذلك أن ما هو غامض بالنسبة لأحد الأطراف قد لا يكون كذلك بالنسبة لغيره .

الفرع الثالث:

أقسام التفسير :

إن التفسير ينقسم إلى ثلاثة أقسام ،تفسير قضائي ،وتفسير آخر قانوني ،وتفسير شخصي ونتطرق إليها كما يلي :

١- عبد الحي حجازي المرجع السابق . صفحة ٥٣٦

أ- *التفسير القضائي :* وهو ينسب إلى الجهة التي يصدر منها وهو القاضي ،فهو ذلك التفسير الذي يقوم به القاضي في مجلس القضاء عندما يطرح النزاع عليه من طرف المتعاقدين حيث يقوم القاضي بعملية البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

ب- *التفسير التشريعي :* وهو الذي يصدر من المشرع في صياغته القانونية مثل قوله في النصوص القانونية "ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك "فمثلا هذه العبارة جاءت في نص المادة ١٠٧ من القانون المدني الجزائري .

ت- تفسير المتعاقدين للعقد :قد يقوم المتعاقدان بإبرام اتفاقات تفسيرية قبل إبرامهم العقد وقد تكون لاحقة للعقد ، الغرض منها منع أي نزاع قد يثور حول دلالة بعض الألفاظ في العقد، ونجد هذا النوع من اتفاقات التفسير في العقود الدولية خصوصا، ويطلق عليها التعاريف يحدد من خلالها المتعاقدان معني المراد من المصطلحات المستعملة في العقد .(١)

ونحن نرى أن هذا النوع من التفسير هو أفضل تفسير على الإطلاق إذ أنه يصدر مباشرة عن ذوي الشأن.

الفرع الرابع :

صور التفسير.

سوف أتطرق في هذا الفرع إلى صور التفسير بعد أن تطرقت إلى ماهية التفسير ،ومن تقع على مسؤولياته عملية التفسير ومتى تحتاج إليه.

و لتفسير العقد صور عديدة تتبلور في حالة واحدة هي عدم التطابق بين الإرادتين الظاهرة والباطنة فإذا وجدت هذه الحالات قامت الضرورة للتفسير .

وقد يكون عدم التطابق راجعا إلى الألفاظ في ذاتها أو في اتصالها بالإرادة الحقيقية أو التضارب فيما بينها والذي سوف يتضح من خلال سرد هذه الحالات .

١- أنظر في هذا الشأن د.عبد الحكم فوده المرجع السابق الصفحة ١٧

حيث أن لها قاسم مشترك وهو الشك المتولد في نفسية القاضي مما شاب العقـد مـن غموض وإبام فيأتي دوره في كشف هذا الغموض وإزالة ما قد يوجد من تناقض بـين الإرادتين وقد يكون الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها غير إرادي ، كما قد يكـون الاختلاف إراديا وسوف أتطرق إلى العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها أولا ثم إلى صـور الاختلاف بين الإرادة والتعبير .

أ- العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها .

تعد الإرادة عنصرا جوهريا في التراضي وبالتالي في إنشاء العقد الصحيح الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن أرادتيهما المتطابقتين.

" والإرادة هي ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و اعتبارات معقولة يهدف من ورائهاإلى إحداث آثار قانونية ." (١)

وإن الإرادة لا تنتج أثرا قانونيا طالما ظلت حبيسة في ذات المتعاقد فمن المهم الفصح عنها عن طريق التعبير ومن المهم أن تكون الإرادة مطابقة للتعبير.

فالأصل هو أن الإرادة الحقيقية تتطابق مع التعبير عنها بأن يعبر المتعاقدان تعبيرا صحيحا عما يدور في أعماق نفسيهما .

ويكون كذلك عند استعمال المتعاقدين وسائل التعبير الصحيحة سـواء الـضمنية أو الصريحة .

- فالتعبير الصريح عن الإرادة وفقا لما جاء في المادة ٦٠ من القانون المدني الجزائري إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف .

- أما عن التعبير الضمني فقد أعطى المشرع بعض الصور للتعبير الضمني منها ما جاء في نص المادة ٥٠٩ من القانون المدني الجزائري . "إذا انتهى عقد الإيجـار وبقـي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر.................. ويعتبر هـذا التجديد الضمني مجرد امتداد للإيجار الأصلي ...".

١-د.علي فيلالي المرجع السابق الصفحة ٦٩

ويتمثل التجديد الضمني في موقف المستأجر الذي استمر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

والتعبير الصحيح عن الإرادة يؤدي إلى فهم مقصود المتعاقدين عن المعنى الظاهر لعبارات العقد فلا يكون القارئ في حاجة إلى صرفها عن المعنى والدقة في التعبير تـأتي إذا قـام بتحرير العقد مختص ولكن كثيرا ما نجد عقودا بداخلها اللبس والإبام ولا يظهر التناقض حتى يطبق على أرض الواقع حيث يظهر التضارب بين التعبير والإرادة عندئذ يـأتي دور القاضي في التفسير .

ب- صور الاختلاف بين **الإرادة والتعبير عنها .**

١- الاختلاف الإرادي.

لكي ترتب الإرادة آثارها القانونية يجب أن تكون جدية وهي لا تكـون كـذلك إذا كانت صورية مقترنة بتحفظ ذهني وسوف أتطرق إلى كلا الحالتين على حدا.

- الصـــوريـــة :

المقصود بالصورية " تصور وضع ظاهر مخالف للحقيقة بقصد تحقيق غرض معين .(١)

يكون التصرف صوريا إذا كانت نية الطرفين الحقيقية لا تتطابق مع مضمون العقد.

وتفترض الصورية قيام اتفاقين متعاصرين ذهنيا .

الأول هو التصرف الظاهر أو الصوري الذي لا يتفق مع الإرادة الحقيقية.

و الثاني هو التصرف المستتر والذي لا تتطابق فيه الإرادة الظاهرة والحقيقيـة ،وبـذلك يكون العقد الظاهر ساترا للعقد الحقيقي ،وقد تكون الصورية مطلقة فيكون التـصرف الظاهر مجرد وهم لا يتطابق مع التصرف المستترإطلاقا.وقد تكون الصورية نسبية حيث تتعلق بجزء فقط من التصرف الظاهر.

وإن التفسير يرد على التصرف المستتر لأنه الأصل دون مراعاة التصرف الظاهر .

١-د. توفيق حسن فرح المرجع السابق الصفحة ٧١

-التحفظ الذهني :

إن الصورية تتداخل والتحفظ الذهني لذا وجب التفريق بينهما :

إن الصورية تكون باتفاق من الطرفين بدف الإيقاع بالغير بينما التحفظ الذهني يكـون من جانب واحد الهدف منه الإيقاع بالطرف الآخر .

ويقصد بالتحفظ الذهني عدم رغبة المتعاقد بترتيب أي آثار قانونية لما يصدر عنه من تعبير (١)

فالمعبر يتعمد داخليا عدم إعطاء أي قيمة لتعبيره فهو يضمر شيء ويعلن عن شيء آخر فالمتعاقد الذي يتحفظ ذهنيا إنما يصدر تعبيرا لا يتفق مع إرادته الحقيقية .

٢-الاختلاف الغير إرادي :

وقد يكون الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها خارجا عن إرادة المعبر في مثل ما يلي:

الغلط :

"-الغلط حالة نفسية تدفع على الاعتقاد بغير الواقع" (٢)

وقد يقع المتعاقد في غلط قبل أن يعبر عن إرادته ، فيشوب الإرادة الباطنة ، باعتقاده في قرارات نفسه أمرا مخالفا للحقيقة.

وقد يتحقق الغلط عند التعبير عن الإرادة باستخدام المتعاقد لفظا غـير مماثـل للمعـنى الحقيقي معتقدا أن هذا اللفظ يعبر عن إرادته.

وقد يقع الغلط في تكوين الإرادة ذاتا وهنا قد يعدمها فيمنع انعقاد العقد وهو الغلـط الجوهري الذي يبلغ حدا من الجسامة ويعتبر كذلك وفقا لما جـاء في المـادة ٨١ مـن القانون المدني الجزائري

وإذا وقع في صفة الشيء تكون جوهرية أو في ذات المتعاقد أو في صـفة مـن صـفاته وكانت تلك الصفة هي الدافع الرئيسي للتعاقد.

١-د. عبد الحميد الشواربي فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه منشأة المعارف الأسـكندرية طبعـة ١٩٧٤ الصفحة ٥٥

٢-نفس المرجع الصفحة ٥٠

وقد يصل إلى هذا الحد فيعيب الإرادة رغم وجودها وبالتالي ينعقد العقد معيبـا قـابلا للإبطال.

وإن هاتين الحالتين تخرجان عن نطاق التفسير ذلك أن التفسير كما وقد سبق التطـرق إليه لا يكون إلا في حالة العقد الصحيح الخالي من العيوب ، وما يدخل في هذه الدراسة إنما يتعلق بالغلط إذ لم يتعلق بأركان العقد ولم يعدم الرضى أو يفسده ، إن كان متعلقا بالشروط الثانوية في العقد كالتسمية غير الصحيحة للعقد.

و الغلط المادي حال تحرير العقد وبعد تكوين الإرادة الصحيحة للمتعاقدين ومثال ذلك الخطأ في الصياغة أو بذكر بعض حدود العقار المبيع في عقد البيع و وضعها بعضها محل الأخر, بوقوعه في خطأ نحوي أو لغوي (١)

وقد أجاز القانون هذه الأخطاء ، حيث لا تؤثر في صحة العقد بمجرد الخطأ في الحساب أو غلطات القلم المادة ٨٣ القانون المدني الجزائري .

الانحراف في تعبير الإرادة .

وتتمثل هذه الحالة في استعمال اللفظ في غير موضعه ، فقد يؤدي إلى أن تكون الفكـرة التي أريد التعبير عنها غيرها لو جرى التعبير بنحو آخر . وذلك بأن يستعمل المتعاقـدان الكلمات أو العبارات اللغوية على غير صحتها .

وكذلك يقع الانحراف في التعبير عن الإرادة إذا كان المتعاقد جاهلا لا يعـي المـدلول القانوني للألفاظ،وتشيع هذه الظاهرة في الأوساط الشعبية و الريفية .

ويكون أيضا المقصود في التعبير حين تنقص عبارة أو كلمة أو بعض الكلمات التي يجب وضعها حتى تؤدي العبارة المقصود منها . أو العكس إذا كانت تزيد في التعبير فيكـون استخدام الألفاظ والعبارات لا جدوى منه.

١-راجع في هذا الشأن د. عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٢٤

المطلب الثاني :
تمييز التفسير عن الأنظمة المقاربة له.

هناك أنظمة عديدة مقاربة لتفسير العقد يجب أن نفرق بينها وبين التفسير ، لأن تمييزها عن التفسير مهم جدا لاختلاف آثار كل منهما .
وتتمثل هذه الأنظمة في تكملة العقد ، وتكييف العقد ، وتعديل العقد و أخيرا تفـسير القانون ، وسوف نتطرق إلى تمييز كل نظام من هذه الأنظمة عن التفسير كما يلي :

الفرع الأول :

الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد :

إن التفسير يختلف عن تكميل العقد من حيث الأساس ، و ذلك أن التفـسير أساسـه الأول هو غموض التعبير للمتعاقدين .
أما أساس تكملة العقد فهو النقص في تنظيم العقد .(١)
فالمقصود بتكميل العقد هو سد نقص فيه لا الوصول إلى النية المـشتركة للمتعاقـدين ومن ثمة لا ينصب التكميل على مضمون العقد بقدر ما ينصب على أثاره.
ويقوم التفسير على إرادة المتعاقدين، إذ يفترض التفسير تعبيرا صدر عن المتعاقدين ولـو كان هذا التعبير غير موفق.
أما التكميل فيفترض نقص في تنظيم العقد تتعين تكملته .(٢)
فالقاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية في المسائل التي تركها المتعاقدون ولم يتفقوا عليها إذ أنه كثيرا ما يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة بينهم في جميع التفاصيل ،

١-د. عبد الحكم فوده المرجع السابق الصفحة ١٥
٢-- الدكتور عبد الحي حجازي مرجع السابق صفحة ٥٦٦

إما لعدم توقعها أو اعتمادها على أحكام عقود سابقة في بعض التفاصيل (١)وهنا تتدخل القواعد التكميلية المؤثرة قانونا والمتمثلة في القانون ، والعـرف ، والعدالـة ، وطبيعـة الالتزام.

وإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: من يسبق أولا؟ هل تفسير العقد ثم تكملة العقد؟ أو تكملة العقد ثم التفسير ؟.

يجدر الملاحظة أن القاضي لا يستطيع تكملة العقد ، سواء بـالرجوع إلى القـانون أو العرف والعادات و العدالة إلا في حالة عدم تنظيم إرادة المتعاقدين لمسألة من المسائل .

فأولا يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة فإذا عجز عن هذا الكشف فعليه أن يكمل العقد باللجوء إلى وسائل التكميل الـسابق بيانا حتى يستطيع تحديد مضمون العقد ونطاقه.(٢) وتتمثل هذه الوسائل فيما يلي :

أ/- القانون:

لقد وضع المشرع عند تنظيمه للعقود مجموعة من القواعد تطبق عندما يهمل المتعاقدان تنظيم بعض المسائل عند إبرام العقد وهذه القواعد تكمل اتفاق الطرفين كلمـا كـان ذلك ضرورة وبفضل هذه القواعد تتم حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض.

ويجب اعتبار هذه القواعد المكملة مندرجة في العقد.

ب/- العرف :

إن العرف المقصود هنا هو العرف المكمل الذي يعتبر مصدرا حقيقيا للقانون

والمعلوم أن العرف كالقانون يعتبر مصدرا للقواعد القانونية وذلك وفقا لما جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري .

١-د.صبري السعدي المرجع السابق صفحة ٣١٠

٢-نفس المرجع صفحة ٣١٢

ويجب أن نفرق هنا بين العرف المكمل والعرف المفسر ، فالأخير يرجع إليه عند غموض العبارة التي استعملها المتعاقدان ، أما العرف المكمل فهو الذي يرجع إليه عند عدم وجود عبارة تنظم بعض المسائل.

ويختلف العرف المكمل عن العرف المفسر من حيث المضمون. فمضمون العرف المفسر يتكون من قاعدة تفسيرية علت إلى مرتبة القاعدة القانونية المفسرة ، حيث جعلها القانون ملزمة للقاضي ،أما مضمون العرف المكمل فقاعدة سلوك علت إلى مرتبة قاعدة قانونية ملزمة للطرفين قبل أن تكون ملزمة للقاضي (١)

ت- العدالة :

إن العرف وحده لا يكفي لتكملة العقد فقد توجد عقبات في تنفيذه ويمكن أن تزول بتعاون الدائن والمدين، ودون أن يوجد في القانون، ولا في العرف ما يزيلها في هذه الحالة يستعين المشرع لتكملة العقد بقواعد العدالة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦١ من القانون المدني الجزائري .

بحيث أن البائع لا يلتزم فقط بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري بل يلتزم أيضا بالكف على أي عمل يؤدي إلى جعل نقل هذا الحق عسيرا أو مستحيلا وهو التزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه في العقد بشروط .(٢)

ث- طبيعة الالتزام :

لقد جاء نص المادة ١٠٧ الفقرة ٢ "ولا يقتصر على العقد ......بحسب طبيعة الالتزام."

١-د. عبد الحي حجازي المرجع السابق الصفحة ٥٦٧

٢--د. صبري السعدي المرجع السابق الصفحة ٣١١

يلاحظ أن الشارع بعد أن ذكر وسائل التكميل ورد فيها بعبارة بحسب طبيعة الالتزام.
فطبيعة الالتزام تفرض على القاضي أن يستكمل العقد بما تفرضه طبيعته وفقا للقـانون والعرف والعدالة.
فمثلا لو باع شيء يعتبر أنه قد باع أيضا ملحقات هذا الشيء و لـو لم تـذكر هـذه الملحقات في العقد والمفروض أن هذه القواعد المكملة مندرجة في العقد إلا إذا استبعدها الطرفان صراحة ،حيث أنه يجوز للمتعاقدين استبعادها لأن هذه القواعد "ليـست إرادة المتعاقدين افترضها القانون أو كشف عنها" وإن هذه القواعد ليست من النظام العام.(١)
وما تجدر الإشارة إليه أن القاضي لا يستطيع أن يقوم بتكملـة العقـد بـالرجوع إلى القواعد المكملة المذكورة آنفا إلا في حالة عدم تنظيم إرادة المتعاقدين لمسألة من المسائل وكذلك يرجع إليها القاضي بالترتيب فذكر القانون أولا ثم العرف ثم العدالة ومن ثمة لا يجوز للقاضي أن يرجع إلى العرف إلا بعدم وجود قاعدة في القانون ، ولا العدالة إلا بعدم وجود قاعدة في العرف(٢)

الفرع الثاني :

الفرق بين تفسير العقد و تفسير القانون :

لقد ارتأيت أن أعرض في هذا السياق بعض الفروق بين تفسير العقد وتفسير القـانون وذلك لما بين العقد والقانون من علاقة ذلك أن تفسير العقد غالبا ما يـستلزم تفـسير القانون.

١-د.عبد الرزاق احمد السنهوري المرجع السابق صفحة ٦٢٠

٢--د. عبد الحي حجازي مرجع السابق صفحة ٥٧٤

والمقصود بتفسير القانون : " تلك العملية المنطقية التي يتم خلالها الكشف عن مضمون النص التشريعي ، وبمعنى أخر هو توضيح معنى القاعـدة القانونيـة وكـذلك نطـاق تطبيقها "(١)

- وان الفروق بين التفسيرين يكمن في أن يقتصر الأثر القانوني في العقد على المتعاقدين أو على الغير من من له مصلحة،بينما القانون يعني أفراد الجماعة.

-والقانون هو تعبير المشرع فيما أراده في دائرة معينة يحصل في محيطها التقاضي . بينما العقد هو الوسيلة التي يعبر بها الطرفان على إرادتهما المشتركة في أمر معين ومحدد وبذلك يسهل التعرف على إرادتهما على عكس التشريع .

"ولما كان سريان القانون نفسه في مدة زمنية طويلة فإن المحاكم يمكنها أن تستقر فيمـا تعالج من تفسير ما قد يكون من غموض في بعض النصوص على غير حال في العقـود تختلف فيها الأوضاع بحسب العبارات والضروف والزمان" (٢)

الفرع الثالث :

الفرق بين تكييف العقد وتفسير العقد :

إن تميز التكييف عن التفسير راجع للعلاقة الوثيقة بين الاثنين ذلك أنه لا يمكن تفـسير العقد دون تكييفه.

حيث إن تكييف العقد بإعطائه الوصف الصحيح هو :"تصنيفه وتعين نوعه مـن بـين العقود المسماة هل هو عقد بيع أو عقد أيجار أو مقايضة ...".(٣) فالتكييف يساعد

١-د. صبري السعدي تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية المطبعـة الجهويـة وهـران ديـوان المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٨٤ صفحة ٢٣

٢-أنذر في هذا المعني د.عبد الحميد الشواربي المرجع السابق صفحة ٤٦

٣--د. علي فيلالي المرجع سابق صفحة٣١٨

على معرفة طبيعة التعامل ، وهذا يساعد القاضي في عملية التفسير على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة ويسمح التكييف أيضا تحديد الغرض الخاص بهذه العمليـة وإن القاضي ملزم بتكييف العقد طالما ثار نزاع حول وصفه.وهو ما أقرته المحكمة العليـا في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٠٥/٠٧ و الذي نقض قرار المجلس الـذي لم يبـت في القضية الأساسية التي يتوقف عليها النزاع و المتعلقة بوضع تكييف للعقـد المـبرم بـين المتنازعين. (١)

وبذا فإن الفرق بين التفسير والتكييف يكمن في أن :

التكييف يهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان إبرامه ،و القواعد القانونية التي تطبـق عليه والآثار التي تترتب على هذا التصرف ، أما التفسير فيستعمل لمعرفة حقيقة ما أراده الطرفان من خلال الألفاظ التي استعملها .

الفرع الرابع :

الفرق بين **التفسير والتعديل :**

إن تعديل العقد ثلاثة أنواع : تعديل اتفاقي أي بإرادة الطرفين في العقد على أسـاس المادة ١٠٦من القانون المدني الجزائري ، وتعديل تشريعي أي إصدار تـشريع يقـرره وتعديل قضائي يجريه القاضي بمناسبة نزاع بين الطرفين.(٢)

التعديل القضائي: هو سلطة ممنوحة للقاضي بهدف رفع الظلم عن أحد المتعاقدين نتيجة عقد تم بينه وبين متعاقد آخر ، وهذا العقد يتميز بعدم توازنه ، فيتدخل القاضـي مـن خلال سلطة تعديل للقضاء على هذا الاختلال بين الالتزامات .

ومن بين الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد ما جاء في نص المـادة ٢ / ١١٩ :" ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الضروف ،كما يجوز له أن

١-قرار صادر من المحكمة العليا رقم ٢٨٧٦٦ بتاريخ ١٩٨٣/٠٥/٠٧منشور في المجلة القضائية ١٩٨٩ العدد الأول الصفحة ١٣٥

٢- أنذر د. حميد بن شنيتي سلطة القاضي في تعديل العقد أطروحة لنيل دكتواه الدولة في القـانون جامعـة الجزائر معهد الحقوق بن عكنون سنة ١٩٩٦ الصفحة ٩

يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ".

حيث يتدخل في هذه الحالة القاضي ويمنح المدين أجلا وكذلك نفس الشيء بالنـسبة لما ورد في المادة ٢٨١ / ٠٢ من القانون المدني الجزائري :

" غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح آجـالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها."

وكذلك حالة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه وهو ما نصت عليه المادة ٠٢/١٨٤من القانون المدني الجزائري :

" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"

ومن ذلك أيضا نجد أن القانون المدني الجزائري منح القاضي سلطة تعديل العقد وذلك برد الالتزام المرهق إلى حد المعقول في حالة الضروف الطارئة المادة١٠٧

وهناك حالة أخرى وهي تدخل القاضي في عقد الإذعان وتعديل الشروط التعـسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها .

وإن نظامي تعديل العقد وتفسير العقد يتفقان كلاهما في أنهما لا يثـاران إلا في فتـرة لاحقة لتكوين العقد أو إبرامه والنقطة المهمة في هذا التميز ، هي أن القاضي لا يتوصل إلى تعديل العقد إلا من خلال قيامه بمهمة التفسير. ومع ذلك فإن جوانب الاختلاف بين هذين النظامين عديدة وجوهرية ذلك أنه في التفسير يستند القاضي إلى إرادة المتعاقـدين بينما التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين ورغما عنهما ،ويقوم على أساس العدالة يمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية على خلاف الأصل الذي يقضي بأن العقـد شـريعة المتعاقدين ، غير أن التفسير يمارسه القاضي كلما استلزم الأمر .

ذلك أن سلطة التعديل لا يقوم با القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص يقرره.(١)

١- د .حميد بن شنيتي المرجع السابق الصفحة ١٢

ويخضع لرقابة من المحكمة العليا في تعديله وليس للقاضي أن يقوم بتعديل العقـد إذا لم يكن هناك ما يبرر تعديل العقد فيعرض قراره للنقض . وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٠٢/٠٧ بنقضها قرار المجلس الذي عدل مـن عقـد الإيجار دونما داع لذلك (١)

المطلب الثالث :

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

العقد ما هو إلا تجسيد لتوافق إرادتين ثم الكشف عنها بالكلام أو الكتابة أو الإشـارة أو أي وسيلة أخرى حتى يتمكن الغير من الاطلاع عليها .

ولكن قد لا تعبر الكلمة أو الإشارة بصدق عن الإرادة النفسية فتغير المعنى الحقيقـي الذي قصده المتعاقد ، أو قد تحمل الكلمة أكثر من معـنى فتنحـرف الإرادة الظـاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة.

وهنا يدخل دور القاضي لتفسير العبارات التي استعملها المتعاقدان محاولا الوصول إلى ما اتجهت إليه إرادتهما.

. فهل تكون العبرة بالإرادة الباطنة ؟ أم العبرة بالإرادة التي تحملها الكلمة والتي تـدعى الإرادة الظاهرة ؟.

إن محاولة الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التعرض إلى تعريف النيـة المـشتركة و إلى النظريات التي أخذت بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النيـة المـشتركة للمتعاقـدين ، وبالإرادة الباطنة في التعرف على النية المشتركة ولكل منهما مبرراته ، و أخيرا موقـف المشرع الجزائري من النظريتين.

١- قرار المحكمة العليا رقم٢٩٥٠٠ بتاريخ ١٩٨٣/٠٢/٠٧منشور بالمجلة القضائية سنة ٨٩ العدد الأول صفحة ١٦٥

الفرع الأول :

تعريف النية المشتركة:

- النية هي اعتزام أمر معين ، وهي أن تتجه إرادة المتعاقد إلى إبرام الاتفاق .

أما الاشتراك فهو التقابل والتلاقي .

فالنية المشتركة هي ما اتفق عليه المتعاقدان وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه ،فعبر عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونا .(١)

ويفهم من ذلك أن الأعمال التحضيرية التي تسبق تطابق وتلاقي الإرادتين ليست من قبل النية المشتركة ، وان كان من الممكن أن تصبح قرينة وتساهم في الكشف عنها .

ويرى سالي :" أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين دون أن يضحي بإحديهما لمصلحة الأخرى" (٢)

ومما لا شك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني أن العبرة بإرادة المتعاقدين معا وليس بإرادة أحدهما دون الأخر .

إلا أن الفقه قد اختلف فيما يخص المصدر الذي نعتد به لاستخراجها . فهناك فريق يري أن الإرادة الباطنة هي المصدر الحقيقي الذي يجب استنباط إرادة الطرفين منه،وفريق معاكس يرى أن الإرادة الظاهرة هي مصدر النية المشتركة وهي بالضرورة تعبر عن الباطن

الفرع الثاني :

الأخذ بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة .

مضمون هذه النظرية أن الإرادة لا يعتد بمظهرها النفسي ، فهو شيء كامن.وإنما يعتد بالمظهر الخارجي الذي يبرز إلى الملأ .

١- د. زكي الشيتى المرجع السابق صفحة ٥٤

2 -SALEILLES : de la déclaration de volonté contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand paris 1901 édition 1978 .page 104

ويرى أنصار هذه النظرية التي تقدمت بها المدرسة الألمانية في منتصف القرن العشرين أن القانون يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا المظاهر النفسية ومن ثم فالإرادة الباطنة غير جديرة بالحماية القانونية ، والعبرة تكون بالإرادة الظاهرة. (١)

ويرى فقهاء هذا المذهب أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها المتعاقدان وحدها محلا للتفسير .

ويقوم هذا المذهب على الأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر في حقيقة العقد ، لأن الظاهر هو أساس المعاملات.

ويعلل أنصار هذا المذهب رأيهم أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح ،ومادام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة ، إذا اعترى العقد عيب من عيوب الرضا أدى إلى البطلان .(٢)

ويؤخذ على هذا المذهب أنه افترض حتما اتحاد ومطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة في العقد ، وبالتالي تكون الإرادة الظاهرة هي موضوع التفسير .

وقد دافع أصحاب هذه النظرية بحجج أهمها مايلي:

١- ومؤداها أن الإرادة الباطنة كامنة في النفس ويستحيل الوصول إليها ولهذا فإن الإرادة التي يمكن التعرف عليها والتي ترتب آثار قانونية وهي الإرادة الظاهرة.

وإنه تبرير منطقي أي يستحيل التعرف على الإرادة الباطنة عن طريق الاطلاع على مكنون النفس و نوايا الضمير.

٢ – يحتج أنصار هذه النظرية بأن الغير لا يستطيع أن يعلم أو يتعرف إلا على الإرادة الظاهرة ، وهي التي يعتد بها الأشخاص لأنها تبعث في نفس المتعاقد الثقة.

١- د.علي فيلالي المرجع السابق الصفحة ٧٦

٢-د. إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية و التجارية الجزء ٢ مفاعيل العقد الطبعة الثانية ١٩٩٨ صفحة ٢٢٢

وعليه إذا أهدرت الإرادة الظاهرة فإن الثقة التي تولدت في نفس المتعاقد قد تتزعزع ويؤدي ذلك لعدم استقرار المعاملات.

٣ – ويرى أنصار هذه النظرية أن الالتزام ينشأ بإجراء شكلي وبغير هذه الشكلية هو غير موجود ، وإعلان الإرادة هو الحد الأدنى من الشكلية ولا يمكن الاستغناء عنه (١)

الفرع الثالث :

الأخذ الإرادة الباطنة في التعرف على النية المشتركة .

لقد وضعت المدرسة الفرنسية هذه النظرية ، ويرى أصحاب هذه النظرية المستمدة من المذهب الفردي ، ومبدأ سلطان الإرادة.

" إن الإرادة النفسية أي الكامنة في النفس هي الأصل ، بل هي الروح وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلا مجرد ثوب ترتديه للتعرف عليها ."(٢)

وبذلك فكل تلك الوسائل من الكتابة والإشارة وغيرها ما هي إلا وسائل مادية للكشف عنها لا تؤثر بشكل من الأشكال على مضمونا

ويرى أنصار هذا المذهب أن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين يمكن استخراجها من الإيجاب الذي يوجهه الموجب على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر . (٣)

ويترتب على الأخذ بذا الرأي : أن القاضي غير مقيد بظاهر العقد بل يجب عليه البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين (٤)

---

١ - د.عبد الرزاق احمد السنهوري وسيط المرجع السابق صفحة ١٣٦

٢-د. علي فلالي المرجع السابق صفحة ٧٥

٣- د.احمد زكي الشيتي المرجع السابق صفحة ٥٨

٤- عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٥٧

ويترتب عليها أيضا أن المقصود بتأويل العبارة الغامضة التي ذكرته المـادة ١١١ مـن القانون المدني الجزائري والمادة ١١٢ من نفس القانون ، هو البحث على الإرادة الباطنة متى تعارضت مع الإرادة الظاهرة.وقد اعتمد أنصار هذه النظرية على الحجـج التاليـة للدفاع عن رأيهم وتتمثل في :

١- أن العقد والالتزامات في القديم كانت تفرض أشكالا معينـة ثم حـدث تطـور للتخلص من الشكلية لتسود الرضائية ولذلك فإن القوانين الحديثة تعتد بالرضاء نفسه لا بشكله . لذلك يجب الاعتداد بالإرادة دون مظهرها .

– ٢ مؤدى هذه الحجة أن أساس الالتزام المتعاقد هو إرادته فالعقد ينشأ مـن ارتبـاط إرادتين ،لذا الشخص يلتزم بما أراده ولا يجوز إلزامه نتيجة تعبير خاطئ عن إرادته.(١)

الفرع الرابع :

موقف المشرع الجزائري من النظريتين .

مما عرض سابقا للنظريات التي قبلت بالإرادة أحاول معرفة موفق المشرع الجزائري من النظريتين فيما إذا أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة وبذلك فالقاضي ملزم عند عملية التفسير بظاهر النص دون اعتبار الإرادة الباطنة .

أم أخذ بنظرية الإرادة الباطنة وبذلك القاضي ملزم بالبحث عن النية الكامنة في نفـس المتعاقدين حتى وإن كانت مغايرة للظاهر .

ولقد أختلف الفقهاء بصدد تحديد موقف المشرع من هذه المسألة .

-فذهب مختار لبني يقول: "في تكوين العقد المدني الجزائري لا نعتد إلا بالإرادة الحرة المختارة السليمة من العيوب وبذلك يعد الغلط المذكور في المادة ٨١ و التدليس في المادة

١- لبني مختار وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن رسالة ماجستير ١٩٧٧ جامعـة الجزائـر صفحة ١٢

٨٦ و الإكراه في المادة ٨٨،و الاستغلال في المادة ٩٠ من القانون الجزائري ، عيوبـا تجيز إبطال العقد وهذا الإجراء لا يفـسر إلا علـى أسـاس الأخـذ بنظريـة الإرادة الباطنة.".(١)

وحسب رأي مختارلبني فإن المشرع الجزائري قد اعتد بالإرادة الباطنة إلا أنـه أخـذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل .من خلال نص المادة ٦١ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل ولكن القبول وصل إلى الموجـب قبـل وصول العدول فإن العقد ينعقد على أساس الإرادة الظاهرة.

- أما الأستاذ صبري السعدي فإنه يرى أن من النصوص القانون المدني يظهر أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة أساسا ولكنه أخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي تقتضيه المعاملات . ويعلل موقفه بقوله :

" إنه لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة إلا في الحدود التي يأتي هذا التعـبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه " (٢) يستدل من ذلك على نص المادة ٥٩مـن القـانون المدني الجزائري ." يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن أرادتيهما المتطـابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.".

وبذا ومن خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعتد بالإرادة الباطنة .

ويعطي كذلك الأستاذ صبري السعدي مثالا من القانون على أن المشرع مـن ناحيـة أخرى غلب الإرادة الظاهرة ضمانا لاستقرار المعاملات حيث يستند في ذلك إلى نـص المادة ٦٠ وكذلك المادة ٦٢

التي نصت على أنه : " ينتج التعبير عن الإرادة أثر في الوقت الذي يتصل فيه،بعلم مـن وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على علم به ما لم يقم دليل على عكس ذلـك ."

وقد جاء كذلك في نص المادة ٤٦٤ :" يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها

١- مختار لبني المرجع السابق صفحة ٢٦

٢-د.صبري السعدي المرجع السابق صفحة ٩٨

الصلح تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح." .

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع قيد القاضي عند تفسير الصلح بالعبارات الواضحة وأن أي توسع منه يعرض قراره لنقض المحكمة العليا وقد التزم القضاء فيما يخص التفسير بالصلح هذا المنهج.في القرار الذي صدر بتاريخ ١٩٨٩/١٢/١٣ والذي قضى بنقض القرار الصادر عن قضاة المجلس الذين أقروا أن التنازل وقع من طرف الطاعن دون أن يؤكدوا ما إذا كان في حق الغلة أو فيما جاء به أثناء إبرامهم عقد الاشتراك، يكونون بذلك قد وسعوا في تفسير عبارات التنازل وخالفوا القانون. (١)

وأنا أرى أن المشرع حسنا فعل عندما وقف موقف الوسط من النظريتين لقصور كل منهما .

المبحث الثاني :

القواعد الأصولية في التفسير.

إن القاضي وهو يفسر العقد يجد نفسه أمام مهمتين : الأولى تحديد ما إذا كانت عبارات العقد غامضة أم العكس.

فلا يمكنه تفسير العبارات إذا كانت واضحة الدلالة . وأما إذا استقر في الحالة الأولى الى أن عبارات العقد غامضة لاتعبر عن إرادة المتعاقدين و تأكد غموضها فإنه ينتقل الى المهمة الثانية وهي تفسيرها (٢)

و بما أن إرادة المتعاقدين التي يتكون العقد بتطابقها هي التي تمثل النية المشتركة لهما .

١- قرارصادر من المحكمة العليا تحت رقم ٥٦١٨٦ بتاريخ ١٩٨٩/١٢/١٣ منشور بالمجلة القضائية لسنة ١٩٩٤عدد الأول صفحة ١١

2-E.ALLAN FARNSWORTH L’interprétation des contrats internationaux revue de droit des affaires internationales volume 3-4 année 2002. : « don l’interprétation les juges raisonnent en deux étapes.la premier consiste a juger si oui u non les termes du contrat sont obscurs, et la seconde a les interpréter,si lors de la première étape du raisonnement, la cour juge que les termes du contrat ne sont pas obscurs, elle ne prendra pas en compte, lors de la seconde étape. » la page 275

فإن ذلك يستوجب على القاضي الذي أوكلت إليه مهمة تفسير العقد المتنازع فيـه أن يبحث عن النية المشتركة من خلال كشف خفايا العبارات في العقد ، وقد خـول لـه القانون قواعدا لا يمكن أن يهملها أو يتجاهلها تساعده على رفع الغموض و اللبس عن العبارات الغامضة والوصول بذلك إلى النية المشتركة.

وتلك القواعد الواردة على سبيل الإرشاد إذ أن هناك عدة طرق لتفسير العقود تخلقهـا الحالات الخاصة في العقود ولا يستطيع المشرع أن يفترضها جميعا،وتعتبر هذه العوامـل إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد وليس ملزما بها حيث لا يقتـصر عليها ،بل له أن يبحث في وسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين .(١)

المطلب الأول :

التفسير في حالة وضوح عبارات العقد:

سوف نتطرق من خلال هدا المطلب الى التعريف بالعبارة الواضحة أو بمعنى أصح مـتى تكون العبارة واضحة الدلالة على معناها ثم إلى أي مدى يجوز تفسير العبارات الواضحة في فرعين مستقلين .

الفرع الأول: تعريف العبارة الواضحة :

النص الواضح الدلالة ،"هو الذي يدل بنفس صيغته على المراد منه من غير التوقف على أمر خارج عن صيغته".(٢)

إذ أن النص الواضح الدلالة يدل على معنى معين لا سبيل أن يفهم منه معنى غـيره ، أي لا يحتمل تفسيره فهو صريح و قطعي الدلالة .

١- د.لعشب محفوظ بن حامد عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتـاب الجزائر طبعة ١٩٩٠ صفحة ١٤٩

٢- د.الشيخ عبد الوهاب خلاف المرجع السابق الصفحة ١٨٠

- والمقصود بوضوح العبارة هو التطابق الكلي بين التعبير عـن الإرادة الظـاهر والإرادة الباطنة ، وهي تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها ، طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة ويحـدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظا واضحة، ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغـايرة للإرادة الخفية الحقيقية .

فالمعنى الظاهر الذي توحي به العبارات ليس هو مقصود المتعاقدين وإذ يقصدان أمـرا ولكنهما يعبران عنه بألفاظ لا تستقيم مع إبراز هذا الأمر وتكشف عن ذلك ظـروف الواقع وملابساته.

وسوف أتطرق إلى كيفية تفسير العبارات الواضحة في ظاهرها والتي لا تستقيم مع المعنى الذي قصده الطرفان في مطالب لاحقة .

الفرع الثاني :

مدى جواز تفسير العبارات الواضحة .

تنص المادة ٠١/١١١ من القانون المدني الجزائري : " إذا كانت عبارة العقد واضـحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين "

وإن النص يطابق نص المادة ٠١/١٥٠ من القانون المدني المصري والمـادة ١٥١مـن القانون المدني السوري والمادة ١٥٢من القانون المدني اللبناني.

وحين قرأنا أول وهلة نص المادة ٠١/١١١ نجده يدل على أنه لا يجـوز للقاضـي أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة ، وأنه يجب عليه أن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له أن يفسرها.

إلا أن الفقه قد اختلف فيما يخص قصد المشرع بالعبـارة الواضـحة في هـذه المـادة القانونية،فقد انقسم إلى اتجاهين.

- ١ الاتجاه الأول :

حيث يرى هذا الاتجاه والذي يعتقد نظرية الإرادة الظاهرة أن نص المادة ١١١/٠١ من القانون المدني الجزائري إنما جاء واضحا .على أساس أنه لا يجوز إطلاقا البحث وتفسير العبارات ما لم يكن هناك ما يبرره من غموض أو إبام في العبارات.

وقد تبنى الفقه الألماني هذا اللإتجاه وفي رأيهم أن العبارات ما هي إلا وسيلة يـستعملها الأطراف للتعبير عن إرادتم الباطنة ولهذا فإن العبارات تعبر بوضوح عن الارادة الباطنةويجب أن نعتد في التفسير بالارادة الظاهرة (١) ، وإن أي محاولة تفسير للعبـارة الواضحة إنما يعد خرقا من القاضي لإرادة الطرفين وبذلك هو خرق للقانون.

ويرى أنصارهذا الرأي أنه لا يجب البحث عن الإرادة عندما لا يوجد غموض في ألفاظ العقد .(٢)

وإنه لا مجال للتفسير فالعبرة أن اللفظ يعبر بصدق عن إرادة الطرفين .

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم الفقيه " بول " إن أي محاولة تفـسير للعبـارة الواضحة إنما يعتبر تحريفا وتشويها لها .

ويرى الفقيه " كارية " أنه إذا كان شرط العقد واضحا ومحددا يجب التمسك بمعنـاه الواضح ، دون إعطائه معنى مغاير إذ أن ذلك يتفق والنية الحقيقية للطرفين و في المقابـل فإن التفسير يكون ضروريا .(٣)

1- JURIS CLASSEUR DE DROIT INTERNETIONAL EDITIONS TECHNIQUES S.A PARIS1990 fasc 552 E: "certaines méthodes,dites subjectives,et c'est le système traditionnel en interne des contractants la déclaration de volonté n'est qu'un moyen de découvrir cette volonté interne l'intention des parties doit donc prévaloir sur les termes employés » PAGE 03.

2- MARTY : role du juge dans l'interprétation des contrats travaux asse capitant t.p 1949 page 85.

3 -CARRE : loi d'oranisation et de compétence t2 paris 1946. page 780

حجج الاتجاه القائل بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة :

اعتمد أنصار هذا الاتجاه على عدت حجج لتبين عدم جواز تفسير العبارات الواضـحة منها :

أ - يرى أنصار هذا الرأي أن تفسير العبارات الواضحة مخالفة لنص المـادة ١١١ :" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها " والتي يقابلها نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي فالمادة السالفة الذكر تعتبر العقد ذا قوة ملزمة وهو شريعة للمتعاقدين ومن ثم على القاضي احترام النصوص الواضحة ولا يخرج عنها.

ب – إن تفسير عبارات العقد الواضحة يعني اللجوء إلى عناصر خارجية للعقـد مثـل القرائن والبينة لإثبات النية المغايرة وهذا مخالف للقاعدة التي تتعلق بحظر إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة وهو بذلك مخالف للقواعد العامة للإثبات و الـتي يجب مراعاتا حتى في تفسير العقد .

جـ – يخشى أصحاب هذا الرأي من تحكم القاضي إذا ما ذهب عن معـنى مغـاير للعبارات الواضحة وليس لديه أساس يستند إليه لاستخلاص الإرادة الحقيقية إلا الحدس والتخمين ، إذ يطلق لخياله العنان في تقصي الإرادة وأهمية تخالف الإرادة التي كـشفت عنها الألفاظ الواضحة وهو بذلك يعيد بناء العقد على هواه (١)

٢- الاتجاه الثاني :

إن أنصار هذا الاتجاه يعتقدون بنظرية الإرادة الباطنة وهم أغلبية الفقـه،و يـرون أن المشرع عندما نص على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة إنما قصد وضـوح الإرادة لا اللفظ ، و إنه ليس المقصود بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدى ، بل وضوح دلالة العقد وبصورة عامة ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة .

١-عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٧١

فقد تكون العبارة في ذاتا واضحة و لكن تدل على أن المتعاقد أساء استعمال التعـبير فقصد معنى وعبر عنه بلفظ لا يستقيم له المعنى .

- حيث يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي :" بيد أنه لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتا حتى تكون في غير حاجة إلى تفسير ، و إنما يجب أن تكون فوق ذلـك واضحة بالنسبة إلى دلالتها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة إذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتا ولكن يعتريها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها" .(١)

ويرى أنصارهذا الاتجاه أن السيادة للإرادة الحقيقية للطرفين على التعبير المادي عنها ومن أجل هذا .فمتى كانت عبـارات العقد واضحة الدلالة في الكشف عـن إرادة الطرفين الحقيقية ،فعندئذ يستخلص القاضي إرادة الطرفين من المعنى الظاهر لعبارة العقد.

أما إذا جاءت هذه العبارة الواضحة في ظاهرها ولكنها متعارضة في الواقع مـع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين،فإن هذا الوضوح لا يمنع التفسير بل يـتعين البحـث عـن الإرادة الحقيقيةلأن وضوح الألفاظ لا يعني وضوح الإرادة .(٢)

حجج الاتجاه القائل بجواز تفسير العبارة الواضحة :

- *الحجة الأولى* :تتمثل في تعذر وجود معيار للتفرقة بين الشرط الواضـح و الـشرط الغامض .

حيث يرون أنه يمكن أن تكون لدينا شروط واضحة ولكن متعارضة داخل نفس العقد وكذلك أن مبدأ " المعنى الواضح يشوبه الكثير من الغموض ، فما يراه البعض واضحا لا يراه الآخرون كذلك ."

١- عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد الطبعة ١٩٨١ صفحة ٣٠٥

٢-قد كان هذا رأي كل من صبري السعدي المرجع السابق ص ٢٩١ ، سنهوري المرجـع الـسابق ص ٦٠٢،أنور سلطان مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام دار النهضة العربية الطبعة ١٩٨٣ص ٣١١ ، سليمان مرقس نظرية العقد الطبعة ١٩٥٩ ص ٣٤٠، توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ٢٩٨.

-*الحجة الثانية*: إن المادة التي وضعت أساس نظام التفسير وبالنظرة الفاحصة لهذه المـادة نجد أنا تقرر بشكل واضح وجوب البحث عن النية المشتركة للطرفين دون التوقف عند

المعنى الحرفي للألفاظ، فهي تطلب مراعاة الإرادة الحقيقية أفضل من التوقف عند الإرادة الظاهرة.

إذ أن الألفاظ لا يمكن أن تشكل عائقا أمام استخلاص الإرادة الحقيقية ، متى كانـت الألفاظ لا تكشف عنها بذاتها .

-*الحجة الثالثة:* إن الألفاظ الغامضة تحتاج بالطبع إلى تفسير ، وإلا فمـا الـذي يزيـل الغموض . ولكن الذي يحتاج فعلا للنص عليه لمنع اللبس هو حالـة الـنص الواضـح المتعارض مع الإرادة الحقيقية الواضحة ، وبذلك فإن الاعتقاد السائد لدى الرأي أن هذه هي الحالة التي أراد المشرع التعرض إليها بتغليب الإرادة على التعبير عند التعارض بينهما

المطلب الثاني :

التفسير في حالة غموض عبارات العقد .

لقد تطرقت في المطلب الأول إلى مدى جواز تفسير العبارات الواضحة وفي هذا المطلب سوف أتطرق إلى تفسير العبارات الغامضة ، حيث نصت المادة ٠٢/١١١

" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقـدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامـل، وبمـا ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات. "

يتبين من خلال هذا النص ، أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض ، فإننا نصبح بحاجة إلى تفسير القضاء الذي عليه أن يبحث عن النية المـشتركة للطـرفين فالقاضي في حالة ما إذا ثبت لديه غموض في العقد وجب عليه تفسير العبارة الغامـضة وهو الحال في قرار المحكمة العليا الصادربتاريخ ١٩٩٧/٠٧/٢٣ الذي أيد قـرارالمجلس الذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر ويتبين أن قضاة الموضوع قد استعملوا حقهم في التأويل مادام العقد غامضا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها . (١)

فتفسير العقد إذن يقتضي استخراج الإرادة المشتركة .

ولكن ما هي الوسائل التي يستعين بها القاضي للوصول إلى النية المشتركة ؟.

إن للقاضي قواعد عديدة يمكنه الاعتماد عليها في عملية التفسير منها ما هي داخلية أي مستمدة من العقد ذاته ومنها ما هي خارجية أي محيطة بالعقد ،هذه القواعد ما هي إلا معايير موضوعية تستهدف الوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين منها ما هو تـشريعي أي وردت في نصوص قانونية ومنها ما هو غير تشريعي يمكن استنباطه مـن القـضاء والفقه. وسوف أدرس كل هذه القواعد على حده أي في الفـرع الأول مـتى تكـون العبارات غامضة، والفرع الثاني قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد، والفرع الأخير قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد.

الفرع الأول :

الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة

ليس هناك معيار فاصل لتميز العبارة الواضحة عن العبارة الغامـضة ،بالإضـافة إلى أن المشرع وفي كل التشريعات لم يعرف العبارة الواضحة ولا العبارة الغامضة ،وإنما تـولى الفقه والقضاء بحصر بعض العيوب التي تؤدي إلى غموض العبارات .

---

١ - قرار صادر من المحكمة العليا منشور بالمجلة القضائية لسنة ١٩٩٧العدد الثاني .تحت رقـم ١٤٩٣٠٠ بتاريخ ١٩٩٧/٠٧/٢٣صفحة ٥١

وإن من أكثر العيوب شيوعا : الإبهام ،والتناقض ، و النقص ، الخطأ وسوف أتطـرق إليها كما يلي :

أ – العبارة المبهمة :

وهي العبارة الغامضة التي لا تفيد شيئا وبذلك يتعذر أن يعرف مقصودها وتـؤدي إلى استحالة الوصول إلى المعنى المراد منه . فالعبارة المبهمة لا يعرف منها أي معنى يـستقيم والعقد .

ب – التناقض :

وهو أن تحمل العبارة أكثر من معنى للدلالة وهي عبارة غير دقيقة، ويكون التناقض إذا اصطدمت وتعارضت العبارات في الشرط الواحد ، هذا التعارض الذي يجعلنا نتـساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة الطرفين .

ويكون أيضا التناقض إذا تناقضت بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد .

ت –النقص :

وهو إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل المهمة التي لولاها لما استقام المعنى والحكم ومثال ذلك ما يتضح من قرار صدر من المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٣/٠٤/١٣ :

" حيث أن المتعاقدين في عقد بيع السيارات لم يشيرا إلى الرسم الذي هـو إجبـاري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك في عملية استيراد السيارات.

وبذلك أصبح الأمر من صلاحية القاضي فله سلطة تقديرية في تفسير علاقة البيع" (١)

ث – الخطأ :

-تكون العبارات ظاهريا واضحة لا غموض فيها ولكن تؤدي في مجموعها إلى معنى غير معقول ويعتبر بذلك النص معيبا لأنه ينطوي على خطأ ،مثال ذلك أن تذكر في لائحة في محطة الحافلة :

١- المـة القـضائية سـنة ١٩٩٠ العـدد الأول ملـف رقـم ٣١٣١٥ ص ١٩ صـادر بتـاريخ ١٩٨٣/٠٤/١٣الصفحة ١٩

يحظر على الركاب الصعود أو الـ ول من الحافلة إذا كانت الحافلة قد توقفت تماما.

فمن الواضح أن المحضور هو الصعود والـ ول من الحافلة إذا لم تكن قد توقفت تمامـا.

فبرغم من وضوح النص إلا أن تطبيقه يؤدي إلى نتيجة غريبة.

- وأخلص أن تحاط عبارة العقد بالغموض إذا اشتمل على حالة معينة أو ورد بشأنا حكم معين ، بحيث يثار التساؤل عن اقتصار حكم العقد على هذه الحالة ، أو اتـساعه في حالات أخرى لم يصرح با ، ومن ناحية أخرى قد يأتي الغموض نتيجـة احتمـال عبارة النص لعدة معان .

الفرع الثاني :

قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد .

- وأقصد بقواعد التفسير الداخلية تلك المعايير التي تستهدف الوقوف علـى النيـة المشتركة للمتعاقدين من خلال عبارات العقد ومنها ما نص عليها التـشريع كطبيعـة التعامل ، والأمانة والثقة وكذلك أخرى غير تشريعية وهي حسن النيـة ,روح العقـد والغرض منه قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله ، وقاعدة مراعاة العقد كاملة ، وسوف نتطرق إلى كل هذه القواعد على حده .

أ - حسن النية :

إضافة إلى ما قد جاء في نص المادة ١١١ من القانون الجزائري من القواعد التي أتاحهـا المشرع للقاضي للوصول إلى نية المتعاقدين ، إلا أنه لم يذكر حسن النية كمـا فعـل في القانون الكويتي

فإن مبدأ حسن النية من القواعد المهمة الواجب الوقوف عليها عند التفسير .

ذلك أن المشرع قد نص على أنه يجب تنفيذ العقد وبحسن نية فمن باب أولى تفـسيره أيضا بحسن نية لأن التفسير صورة من صور التنفيذ وأن التنفيذ الصحيح يتوقف علـى التفسير السليم .

إذ أن التفسير السليم يستوجب على القاضي المكلف بحل الـ اع والوصـول إلى نيـة المتعاقدين أن يراعي حسن نية الأطراف .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما المقصود بحسن النية ؟.

إن حسن النية ورغم التطبيقات القضائية الواسعة له ، ولجوء دول كـثيرة إليـه في تشريعاتها فإن ذلك لم يسعف محاولات تعريفه إطلاقا أو تحديد مضمونه ، ويعود ذلـك إلى عدة أمور منها أن :

حسن النية فكرة تختلط فيها الأخلاق بالقانون مما يجعلها صعبة التحديـد إذ يقتـضي تحديدها بالاستعانة بمقياسين أحدهما أخلاقي والآخر قانوني .

إذ أن فكرة حسن النية تقترن أو تختلط بعناصر كثيرة تقع مجاورة لـه ، وتجتمـع معـه فبمناسبة التحدث عن حسن النية نتحدث عن الخطأ وكذلك الغلط ....الخ .

- " وان حسن النية إذن حالة ذهنية , موقف نفسي للشخص القانوني ولكـن يـتم الكشف والتعبير عنها من خلال مؤشرات وعلاقات خارجية يمكن تقديرها ووزنها وفقا لمعايير قانونية موضوعية حسب سلوك الرجل المعتاد ، ويوضع هذا السلوك على المحك في علاقة مع تلك المعايير ليتم الحكم من خلال ذلك على حسن نيةشخص من عدمه"(١)

" فالالتزام بحسن النية يوجب على الأطراف كل حسب مركزه دائنا أو مدينا أن يتصرف وفق أحكام الالتزام دون زيادة أو نقص ،حسن النية في تنفيذ الالتزام يعني هنا وضـعه موضع التنفيذ بحيث يأخذ كل طرف ماله من حقوق ويؤدي ما عليه من واجبـات في علاقة تبادلية .". (٢)

ب- الشرط المألوف :

إن الشرط المألوف قد يكون وسيلة تساعد القاضي للوصول إلى النية المشتركة ،ولكن

١- علي إبراهيم - الوسيط في معاهدات الدولية- دار النهضة العربية ١٩٩٧-١٩٩٨ صفحة ٧٧٩

٢- أب ولد مباري - حسن النية في القانون الدولي -بحث لنيل شهادة ماجستير سنة ٢٠٠١/٢٠٠٢ جامعة الجزائر صفحة ٢٩ .

بطريق غير مباشرة ،وقبل التطرق إلى كيفية استعانة القاضي بذه الشروط في التفـسير يجب أن نتطرق أولا إلى تعريفها .

١ - تعريف الشرط المألوف :

الشروط المألوفة هي تلك الشروط التي تعتبر مندرجة في العقد ، ولو لم تذكر فيه ، و إنما قد تكون مفهومة ضمنيا لدى المتعاقدين.

وقد تكون هناك من العقود ما أصبح من المألوف فيها اشتمالها على شروط معينة حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة . وبذلك يجوز لكل من المتعاقدين أن يطالب الآخر بتنفيذ مقتضى هذه الشروط ولو لم يرد لها ذكر في العقد لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد .

وغالبا ما يكون متماثلا في الصياغة بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الواحدة إذ يورده الموثقون وبشكل آلي وتلقائي ، إما لأنهم ألفوه ، أو بالنقل من مجموعة الصيغ التي تضم عقود نموذجية وذلك دون أن تتعلق بها إرادة المتعاقدين ،بل قد لا يدركون مضمونها على الإطلاق .

٢- كيفية استعانة القاضي بالشرط المألوف في عملية التفسير :

إن الشرط المألوف يتعلق بالقواعد المكملة للعقد فليس له وظيفة تفسير الإرادة بل وظيفة تكميل العقد (١) ، و إنما للقاضي أن يستهدي إلى نية الطرفين بعد أن يصل إلى تكملة العقد من خلال الشرط المألوف الذي لم ينص عليه الطرفان .

إلا أنه إذا ظهر أن الطرفان قد أبديا بشأنها تحفظا أو استبعداها فإنه لا يمكن أن تكون قواعد مكملة للعقد وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يلجأ إلى تفسير العقد من خلالها عندئذ يحذفه القاضي ولا يأخذ المتعاقدان بحكمه لعدم تعلق إرادتيهما به (٢)

١-د.عبد الحي حجازي المرجع السابق صفحة ٥٧٢

٢-MARTY : role du juge dans l'interprétation des contrats cit page 94

- غير أنه إذا كان الشرط المألوف واضحا فانه يعكس بحسب الأصل إرادة الطرفين طالما لم يتنازع أحد في مدلوله.

وإذا ثار خلاف في شانه يجري القاضي تفسيرا له بمقارنته بباقي شروط العقد ليشخص مضمون إرادة الطرفين بشأنه.

ت- طبيعة التعامل :

يقصد بطبيعة التعامل الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه أو بمعنى آخر التنظيم القانوني للموضوع الذي عالجه المتعاقدان في العقد بينهما .(١)

فإذا أتفق المتعاقدان على نقل حق الانتفاع والاستغلال من عين ما دون نقـل الملكيـة ومقابل ثمن معين فإنما يكونان قد نظما مادة عقد الإيجار ،وقد ارتضيا التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لهذا العقد. ويعني ذلك تفسير عبارات العقد بما تقتضيه أحكام عقد الإيجار وطبيعته.

ويتحدد بذلك المعنى الخاص بالشرط بناء على طبيعة العقد الذي قصده فلكـل عقـد أحكام معينة تتوافق مع طبيعته ، وإن اتفاق المتعاقدين على نوع العقد يفيد رضاهما على الأحكام المتناسبة معه ويترتب على ذلك ضرورة تفسير عبارة العقد بناء على طبيعة نوع العقد المختار و استبعاد المعنى الذي يتنافر مع هذه الطبيعة المتفق عليها .

وفي حالة خلو العقد من تنظيم مسألة ما حتى يرجع إلى طبيعة العقد أو موضوعه . فمثلا إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الثمن في عقد البيع رجعنا إلى قواعد عقد البيع وما هـو معروف من طبيعة العقد في هذا الـال و استكمال العقد(٢)

ويمتد الأمر كذلك إلى الحالة التي تحمل فيها عبارة العقد أكثر من معنى ، فإن القاضـي يخير من بين هذه المعاني المعنى الذي يكون أكثر اتفاقا مع طبيعته.

١- عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٢٢٨

٢--د. احمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق صفحة ٣٢

ث- الأمانة والثقة :

إن قاعدة الأمانة والثقة ما هي إلا تكريس لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسيطر علـى العقود سواء في إبرامها أو تنفيذها .

فالأمانة في التعامل توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته ، فـإذا وقـع في خطأ في التعبير و استطاع تبين ذلك فالأمانة تقتضي عليه ألا يستغل الإبام الذي وقع في التعبير طالما أنه فهمه على حقيقته.

وفي المقابل وجب على المعبر أن يأخذ في اعتباره أن الموجه إليه الإيجـاب ، سـيأخذ بتعبيراته بمعناها الظاهر، فيبتعد عن أن تكون له إرادتان إحداهما ظاهرة ينخـدع بـا الطرف الأخر وأخرى باطنة يتمسك با وبذلك يكون قد أخل بمبدأ حسن النية ومبـدأ الأمانة والثقة.

فإذا لا حظ القاضي أن أحد الطرفين قد حاد عن هذا المبدأ كان عليه بموجـب معيـار الأمانة والثقة أن يستخلص النية المشتركة المتفقة مع هذين المعيارين.

ج- الاستهداء بروح العقد والغرض منه :

إن العقد في الحقيقة ما هو إلا وسيلة يريد الطرفان من خلالها تحقيق غـرض اقتـصادي معين ومن ثم يمكن للقاضي الاستعانة بذا الغرض في تحديد المعـنى الغـامض لـبعض الشروط.

ويمكن للقاضي أن يستند إلى روح العقد والغرض منه إذا وجدت عبارات يمكن تأويلها إلى أكثر من معنى .(١)

حيث أن المتعاقدين يهدفان من الشروط المتفق عليها في العقد لتحقيق مصلحة معينـة يكمن فيها الغرض المقصود من التعاقد ،ويعتبر جزء لا يتجزأ من النية المشتركة ، ذلـك أن هذه النية تنصب في الحقيقة على الغرض الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه .(٢)

١- عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٢٢٨

٢--د. احمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق صفحة ٣٢

ح – قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله :

إن هذه القاعدة الأصولية مستمدة من الفقه الإسلامي حيث يقال : " إعمال الكلام أولى من إهماله ، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل ." ويعني أنه إذا احتملت العبارة في

العقد أكثر من معنى فإنه يتعين أن نحملها على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا ونجردها من المعنى الذي ينفي عنها كل أثر أو الذي يرتب أثرا يخالف النظام العام.

وبذلك فكلما كان للعبارة في العقد أكثر من مفهوم على القاضي أن يعمل على ترك المعنى الذي إذا أخذ به أصبحت من الشروط الزائدة التي لا مبرر من وجودها ، ولهذا يتعين فهم الشرط في المعنى الذي يجعل له مفهوما محددا .

وقد نصت على هذه القاعدة فيما يخص التفسير المادة ١٥٨ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٢١٦ من قانون المدني الأردني وقد ضرب مثلا لهذه القاعدة في الفقه :كمن يوصي الأولاد فلان وليس لهذا إلا أولاد أولاده حمل المعنى عليهم صونا للفظ. (١)

خ- **مراعاة العقد** في **مجموعه :**

يمثل العقد كلا لا يتجزأ وشروطه متكاملة يشرح كل منها الأخر و يوضحه .

وإذا ثار النزاع بصدد أحد الشروط تعين فهمه على ضوء باقي الشروط سواء ما سبق منها الشرط محل نزاع أو لحقه فلا يجوز تجزئة نص العقد ، فتجزئة تفسير شروط العقد يعتبر بمثابة تجزئة لنية المتعاقدين.

وينبغي على القاضي في عملية تفسير العقد أن يمزج كافة الأجزاء المكونة للعقد باعتبار أنا تمثل النية المشتركة للمتعاقدين والاستعانة بعبارة العقد في مجموعها قد يساعد القاضي على تحديد معنى معين لعبارة تحتمل أكثر من معنى أو بتخصيص العبارة العامة.فنجري عملية تقريب بين الشروط وننسق فيما بينها لاستخلاص النية المشتركة علي ضوء مجموع العقد مثلا في معناه العام و الغرض الاقتصادي منه(٢)

١- د. السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء الرابع القاهرة ١٩٦٠الصفحة ١٠٢

2-DEMOLOMBE : traité de contrat cit page 20-22

كما أن الشروط الثانوية تفهم علىضوء الشروط الأساسية و تعطي المعنى العام المراد منها

وعلى القاضي محاولة التوفيق بين جميع شروط العقد عند عملية التفسير وإذا تبين له أن أحد هذه الشروط مبهم فيجوز استبعاده .

كما أنه إذا كان العقد محررا بلغة مغايرة للغة القانون الذي إختاره المتعاقدان للعقد فإن قواعد التفسير تستمد من قانون العقد ولكن في محاولة معرفة معنى الألفـاظ الغامـضة يمكن اللجوء إلى قانون اللغة المحرر بها العقد (١).

الفرع الثالث :قواعد التفسير المستمد من خارج العقد.

يتعين على القاضي عند تفسيره للعقد لإجلاء الغموض أن يستعين أولا بالمعنى المستمد من عباراته لأن الاعتماد على عناصر خارجية عن العقد قد يؤدي إلى مفهوم متعـارض مع المعنى الذي تدل عليه العبارة ويعتبر بذلك مخالفا للدليل المكتوب.

حيث أن القاعدة تقضي بعدم جواز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابـة وبذلك على القاضي أن يلتزم بأولوية الرجوع إلى العناصر الداخلية للعقد

عند تفسيره، وفي حالة قصور العناصر الداخلية يلجأ إلى عوامل خارجية مرتبطة بالعقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين .

وإن هذه المعايير الخارجية متعددة منها ما نص عليها في التشريع كما هو الأمر بالنـسبة للعرف الجاري في المعاملات الذي نصت عليه المادة ١١١/٠٢ من القـانون المـدني الجزائري والتي تضمنتها معظم التشريعات العربية .

وقواعد أخرى جاء بها الفقه منها ضروف المتعاقدين المحيطة بالعقد وكذلك طريقة تنفيذ العقد قد تدي إلى قصد المتعاقدين وسوف نتطرق إلى كل قاعدة على حده كما يلي :

1- JURISE CLASSEURDU DROIT INTERNATIONAL CITE : "si la langue employée dans le contrat est une langue différente de celle du pays dont la loi régit le contrat : l'interprétation du contrat obéit a la loi d'autonomie, mais le sens des termes juridiques employés doit être demandé a la loi du pays dont la langue a été employée " page 04

أ - العرف الجاري في المعاملات :

لقد سبق وأن ذكرت في المطلب السابق أن العرف هو سنة مستقرة قد اعتاد الناس على العمل بها حتى تولد لديهم شعور بإلزاميتها وهي مرجع القاضي إذا لم يجد حلا منصوصا عليه في القانون فيأخذ بالمعنى الذي استقر عليه العرف .

- حيث أن هناك مسائل يجري فيها العرف مجرى القانون كالمعاملات التجارية و البحرية ،وفي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لتفسير نية المتعاقدين.

وإن نص المادة ٠٢/١١١ من القانون المدني الجزائري قد جاء صريحا فيما يتعلق بالتفسير، حيث أعطى القاضي سلطة التفسير وفقا لما يقتضيه العرف الجاري العمل به في المسألة التي ثار التساؤل حولها فيشترط لإعمال العرف أن يكون هناك إبهام في العقد كما يشترط إسناد العرف إلى التفسير أن يكون المتعاقدان على علم بهذا العرف ويكونا قد ارتضياه في التعاقد، وإلا لصرحا في العقد باستبعاده ومخالفته.

ففي هذه الحالة أي حالة استبعاد المتعاقدين للعرف صراحة في العقد ليس للقاضي أن يلجأ إليه في عملية التفسير كون المتعاقدين قد قصدا مخالفة أحكام العرف .

كما على القاضي عند استناده للعرف أن يحرص على أن لا يكون متعارضا مع النصوص التشريع الإلزامية.

و يراعي كذلك القاعدة التي تقول " الخاص يقيد العام "، حيث أن العرف المحلي أو الخاص يقيد العرف العام.

وتجدر الإشارة إلى أن العرف الذي يحمل إرادة المتعاقدين لا يرقى إلى قوة القانون لذلك فلا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني أو سكوت المتعاقدين على تنظيم مسألة ما في العقد والتي أدت إلى اللبس والغموض .

أما إذا خالف العرف قاعدة قانونية غير إلزامية بمعنى مكملة وليست آمرة فإنه يظل صحيحا ويمكن الاعتماد عليه في التفسير.

وهناك أنواع للعرف : العرف المكاني والعرف الخاص بطرفي العقد

-**العرف المكاني** : بمعنى أن يكون العرف معمولا به في المكان الذي أبرم فيه العقد أو المكان الذي ينفذ فيه العقد

-**العرف الخاص بطرفي العقد** :يمكن تفسير العبارة الغامضة للعقد بناء على عادات المتعاقدين المستمدة من عقودهما السابقة .(١)

ب- ظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد :

للقاضي الحق في الخروج عن حدود العقد بحثا في الظروف المحيطة بالعقد التي قد تساعده للوصول إلى تفسير العقد،مثل الظروف التي أحاطت تكوين العقد مثلا مرحلة التفاوض التي تسبق العقد والتي قد تساعد في تفسير إرادة المتعاقدين .و كذلك حالة المتعاقدين الشخصية وقت إبرام العقد (٢) وننظر إلى هذه الظروف من عدة نواحي :

من حيث الصفة : فالمتعاقد المثقف يختلف عن الجاهل إذ لكل منهما مفهوم يختلف عن الآخر لما يستعمله من عبارات .

من حيث المهنة : فالممتهن لتجارة معينة يختلف عن المبتدىء وكذلك يختلف عن الشخص العادي فيما إذا تعلق الأمر بإبرام عقد متعلق بهذه المهنة .

العلاقة الشخصية : على القاضي مراعاة فيما إذا كان العقد بين طرفين تربطهما علاقة القرابة أو الزوجية ، والعلاقة بين الأصول والفروع تختلف عن العلاقة بين أشخاص لا تربطهم أية صلة ، فيكون الطرفان في هذه الحالة أكثر عناية وحذرا في الصياغة عند إبرامهم العقد ، كما أن التعاقد لأول مرة بين طرفين يتطلب أكثر

---

١ - د. احمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق صفحة ٨٩

2-E.ALLAN FARNSWORTH L'interprétation des contrats internationaux revue de droit des affaires internationales volume 3-4 année 2002. : »les juridiction américaines ne se limitent pas au contenu du contrat pour l'interpréter,mais lesquelles celui-ci a été formé telles que la nature des parties et le contexte de la transaction ».page 276

عناية مقارنة أمام تكرار نفس الطرفين لنفس النوع من المعاملات حيث لا يكترثان بالصياغة اعتمادا على الثقة المكتسبة بينهما .

إضافة إلى كل هذه الجوانب فإن القاضي يستطيع تفسير العقد بناء على ظروف موضوعية ، وقد تتمثل هذه الظروف الموضوعية في محررات قد تبادلها المتعاقدان قبل التعاقد أو عقود سابقة قد أبرمها الطرفان يمكن أن يستند من خلالها على ما قصده المتعاقدان في العقد المراد تفسيره أو قد تكون الظروف الموضوعية عبارة عن مجرد وقائع مادية ، كالأوضاع الاقتصادية السائدة التي من شأنا أن تلقي الضوء على الإرادة الحقيقية بشأن شروط العقد محل النزاع. (١)

ت- طريقة تنفيذ العقد :

قد تكون طريقة تنفيذ العقد وسيلة تتضح بها إرادة المتعاقدين ، إذ يمكن تقسيم إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عنها .

وقد يخرج المتعاقدان عن مضمون النص الصريح عند التنفيذ فيتبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل من مضمونه وتكشف عن نيتهما . (٢)

ولكن لن يصبح هذا التنفيذ معبرا عن النية المشتركة للمتعاقدين إلا إذا توفرت الشروط التالية :

١ – أن يكون التنفيذ لاحقا على إبرام العقد .

٢- علم المتعاقدين بطريقة التنفيذ التي يتبعها المتعاقد الآخر ، فإذا كان جاهلا لها فإن التنفيذ لا يعبر إلا على نية أحد الطرفين دون الآخر.

٣ – أن تكون قد مضت مدة زمنية معقولة على التنفيذ ولم يعارض أحد المتعاقدين.

١-د. عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ١٢١

٢-في هذا المعني د.احمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق بند ٨٥ صفحة ٨٠ إلى ٨١

فإذا تحققت هذه الشروط في طريقة التنفيذ يمكن للقاضي أن يستخلص النية الحقيقية التي قصدها المتعاقدان من الشروط المراد تفسيرها وتعديلها من قبل المدين وهو بذلك يتحمل مسؤولية الغموض والإبام الذي صدرمن جانبه

ومثال ذلك : لو اغفل في عقد الإيجار مكان دفع الأجرة فالقاعدة العامة في هذه الحالة تقضي أن تدفع الأجرة في محل إقامة المستأجر ولكن المستأجر الذي اعتاد دفع الأجرة في محل إقامة المؤجر فإنه يعني أن المتعاقدين أرادا دفع الأجرة في هذا المحل (١)

وقررت أيضا هذه القاعدة تحقيق لمبدأ حماية الطرف الضعيف وإن أي مخالفة لهذا النص من قبل القاضي إنما هي مخالفة للقانون تخضع حكمه للنقض من قبل المحكمة العليا.

وسوف أتطرق إلى هذه الرقابة بالتفصيل في المبحث اللاحق

المطلب الثالث :

تأثير قواعد الإثبات في التعرف على نية المتعاقدين.

بعد أن تطرقت في المطلب السابق إلى قواعد التفسير الداخلية و الخارجية للعقد منـها التي يستعين با قاضي الموضوع في محاولة تفسير العقد وذلك عن طريق وصوله إلى النية المشتركة للمتعاقدين .

فإنني من خلال هذا المطلب سوف أتطرق إلى دور قواعد الإثبات للوصـول إلى نيـة المتعاقدين.

إذ أنه لا يكفي أن يدعي الخصوم بوجود نية مغايرة للمعنى الظاهر للألفاظ ، ويغلبـها القاضي ، بل يجب عليهم أن يقدموا الدليل على ما يدعون إذ أن القاعدة " البينة علـى من ادعى " وبذلك فإن الخصم الذي يدعي خلاف الظاهر عليه بتقديم الـدليل علـى مزاعمه مستندا إلى وسائل الإثبات التي خولها القانون .

---

١ - د.عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط الحزء الاول فقره ٣٩٧ صفحة ٦٧٤

إلا أن مشكلة الإثبات في مادة التفسير من المشاكل البالغة الدقة كون الأمر يتعلق بالعقد وخاصة المحرر في وثيقة مكتوبة قد اشتملت على تنظيم كامل للعلاقة بين الطرفين فمـا هو الدليل الأقوى من الكتابة.وبناء على هذا فإن الفقه قد انقسم إلى اتجاهات سـوف ندرسها في فروع مختلفة .

الاتجاه الأول والذي يرى ضرورة الالتزام بالقواعد العامة للإثبات في تفسير العقد دون الخروج عنها أو إهمالها ، وسوف ندرس هذا الرأي في الفرع الأول و في الفرع الثـاني ندرس الرأي الذي يرى جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات للاستجلاء علـى النيـة الطرفين ، وفي الفرع الثالث ندرس الرأي الذي يفرق بين العبارة الواضحة والغامضة في الإثبات.

الفرع الأول : الالتزام بقواعد العامة للإثبات.

أن القاعدة العامة للإثبات تفرض على الخصوم أن يستعينوا بقواعد الإثبـات بحـسب حجيتها وترتيبها قانونا.

وقد نظم القانون المدني الجزائري طرق الإثبات ورتبها حسب حجتها على النحو التالي :

أ- الكتابة :وقد كانت الكتابة على رأس طرق الإثبات حيث تعتبر أهم و أقوى الطرق لما لها من قوة مطلقة في الإثبات . وهي ملزمة للقاضي حيث أن الكتابة صالحة لإثبـات جميع الوقائع سواء كان عملا ماديا أو قانونيا ، ومن أهم أنواعها الورقة الرسمية و الورقة العرفية (١)

وقد وردت أحكامها في المواد من ٢٢٣ إلى ٢٣٢ من القانون المدني الجزائري .

وإن القاعدة العامة أنه لا يجوز إثبات ما هو مكتوب إلا بالكتابة وكذلك فإن التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ١٠٠٠ دج لا تثبت إلا بالكتابة .

١- أنظر د. لغوثي بن ملحة قواعد و طرق الاثبات ومباشـرتا في النظـام القـضائي الجزائري ديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠١ الصفحة ٥٤

و أيضا محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفقا لأخـر التعـديلات الطبعـة ١٩٩١صفحة ١١

ونظرا لما للكتابة من حجية قاطعة فإن المادة ٣٣٤ من القانون المدني الجزائري ،جاء فيها أنه حتى وإن كان التصرف أقل من ١٠٠٠ دج وكان مضمون في عقد رسمي فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

وبذا فإن الكتابة هي سيدة أدلة الإثبات و أهمها.

ب – البينة : (شهادة الشهود) وهي طريقة لإثبات الوقائع المادية فقط والتـصرفات القانونية التي لا تزيد عن ١٠٠٠ دج وقد وردت أحكامها في المواد ٣٣٣ إلى ٣٣٦ من القانون المدني الجزائري .

ت – القرائن : هي طريقة غير مباشرة للإثبات وتنصب على واقعة معلومـة متـصلة بالواقعة محل النزاع فيستنبط منها القاضي حكمها المعلوم ويطبقها علـى النـزاع وقـد وردت في نص المادة ٣٣٧ إلى ٣٤٠ من القانون المدني الجزائري .

ث – الإقرار: وهو اعتراف من الخصم بواقعة ترتب عليها حقا يستفيد منـه خـصمه يعفي هذا الأخير من عبء الإثبات وقد وردت أحكامه في المـواد ٣٤١الى ٣٤٢ مـن القانون المدني الجزائري.

ح – اليمين : يطلب المدين الذي يعجز عن إثبات الواقعة من خصمه أداء اليمين . فإذا حلفها خصمه رفض القاضي دعوى المدعى وإذا أنكرها اعتبر ذلك منه إقرار بالواقعـة ووردت أحكامها في المواد ٣٤٣ إلى ٣٤٨ . وهي "قول يتخذ فيه الحالف الله شـاهدا على صدق ما يقول و يستـلزم عقابه إذا حنث" (١)

- وإن أنصار هذا الرأي يرون ضرورة الالتزام بالقواعد العامة للإثبـات وذلـك أنـه للخصوم إثبات إرادة مغايرة للإرادة الظاهرة في العقد من خلال عبارات العقد ، فـلا مانع من اللجوء لقواعد الإثبات ، ولكن يتعين عليهم مراعاة القواعد العامـة للإثبـات بعدم مخالفة أو مجاوزة الثابت بالكتابة إلا بالكتابة.

١- لعصامي عبد الرحمان الإثبات باليمين في القانون المدني الجزائري ودراسة مقارنة مع بعض القوانين العربية والقانون الفرنسي بحث لنيل شهادة ماجستير سنة ١٩٨٦جامعة الجزائر الصفحة ٦٥

فلا يجوز إذا تغير المعنى الذي تتضمنه عبارة العقد الواضحة بغير دليل كتابي ولا تكفي بالتالي وسائل التعبير المستمدة من الظروف الخارجية للتدليل على إرادة المتعاقدين بمـا يتعارض مع النص الكتابي الواضح الذي ورد في العقد ، فلا يجب الفصل بين قـوة المحرر في الإثبات و بين الإرادة التي يتضمنها .(١)

ويرون خطورة اللجوء إلى البينة والقرائن عند استجلاء غموض العقد وذلك استنادا إلى أن وضوح العبارة يعني وضوح الإرادة، وذلك إذا كانت العبارة واضحة فلا يجوز البحث عن أية ظروف خارجية وهم أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة في التفسير .

حيث يرون إضافة إلى تحريف العبارة الواضحة مخالفة لنص المادة ٠١/١١١ مخالفة أيضا لما جاء في نص المادة ٣٣٤ من القانون المدني الجزائري المتعلق بالإثبات .(٢)

وبذلك فإذا أريد الاستناد للبينة والقرائن فإنه يتعين وجود مبدأ ثبوت الكتابة.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد على أساس أن وضوح العبارة لا يعني دائمـا وضـوح الإرادة ، وإذا كان كلاهما يرتبط بالآخر ، فإن ذلك يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبـات العكس ،وهذا يستكشف من الظروف الخارجية التي تكشف عن وقوع الطرفين في هوة سوء الصياغة ،إذ قد تكون العبارات واضحة في ذاتا ولكنها غامضة في مفهوم المتعاقدين وليس من شأن الاستعانة بالظروف الخارجية تحريف للمعنى الواضح بل بالعكس فإن في البحث تأكيد للمعنى الحقيقي الذي قصده الطرفان .(٣)

١-د. احمد شوقي عبد الحمان المرجع السابق الصفحة ١٠الي١١ .

٢- تقابلها المادة ٠١/٦١ قانون المدني المصري و كذلك المادة ١٣٤١قانون مدني فرنسي.

٣- د. عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٢٦٣

الفرع الثاني :

جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات

إن غالبية الفقهاء يتبنون جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات الخارجية عن العقد للوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين بما فيها البينة والقرائن دون اشتراط دليل كتابي (١) حيث يرى أنصار هذا الرأي أن تفسير التعبير يجب أن يجري بحسب المعنى الذي يستطيع المخاطب أن يستخلصه مع مراعاة كل الظروف المفسرة التي يعرفها الموجه إليه التعبير أو كان من واجبه أن يعرفها .(٢)

ولكن يجب على القاضي أن يلجأ أولا إلى العقد محل التفسير ويستخدم الوسائل الداخلية التي تمكنه من الكشف عن نية المتعاقدين ، فإذا لم يتوصل من خلال هذه الوسائل الداخلية كان له أن يحيل الدعوى إلى التحقيق ليتمكن الخصوم من تقديم ما لديهم من وسائل إثبات كالبينة والقرائن لتدعيم ادعائهم بمغايرة الإرادة للمعنى الظاهر .(٣)

- ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن القواعد القانونية للتفسير تخلو من نص يحظر تفسير العقد بالبينة والقرائن وإنما جاءت على سبيل المثال و أعطاها المشرع نصوص صفة الإطلاق وليس التقيد.

ويستند أيضا إلى أن طبيعة ما يراد إثباته في مادة التفسير ينصب على وقائع مادية التي تلقي الضوء على الإرادة الحقيقية للطرفين وهذه الوقائع يسمح القانون بإثباتها بكافة الطرق.

١- الرأي الذي تبناه قانون الالتزامات والعقود المغربي في نص المادة ٤٤٩ ق م "ويستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها إثبات وقائع من شانها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة أو تحديد مداها أو تقيم الدليل على تنقيتها" .

٢- د.أحمد زكي الشيشي المرجع السابق بند ٥٢ صفحة ٥٨ .

٣-د. سليمان مرقس أصول الإثبات في المواد المدنية الطبعة ١٩٧٨ الصفحة٤٠ .

- ويدعمون رأيهم بالقول أنه يجب التفرقة بين قوة المحرر في الإثبات والمضمون المعنوي له ، إذ تقتضي قوة المحرر عدم مخالفته إلا بالكتابة ، بينما بالنسبة لمعناه والمتمثل في إرادة الظاهر، يمكن تصور تناقضها مع الظروف الخارجية ، حيث يتطلب الأمر تفسيرا لتحديد الإرادة الحقيقية للطرفين،ويمكن أن يكون ذلك بكافة طرق الإثبات إذ لا علاقة له بقوة المحرر.

حيث أن الأمر لا يتعلق بإثبات العقد ذاته وإنما تفسير العبارة الغامضة في العقد التي يتنازع أحد المتعاقدين في وجودها (١)

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف لرفضها قبـول القـرائن المقدمة في الدعوى من الخصم لتحديد مضمون الوكالة الضمنية ، بحجة عدم وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد اعتنق القضاء الفرنسي هذا المنهج في قرار محكمة النقض بعدم جواز رفـض هذه القرائن التي تكشف عن النية المشتركة طالما أن العناصر الداخلية للعقد لا تكفـي للكشف عنها ، وكانت عبارات العقد غامضة في هذا الصدد .(٢)

1-MARTY : rôle du juge dans l’interprétation des contrats cit page105

2 - dalloze١٩٤٥/٠٧/١٠ نقض المدني الفرنسي ١٨١

الفرع الثالث :

الفرق بين **العبارات الواضحة والغامضة** في **مدى جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات.**

إن أنصار هذا الرأي يفرقون بين العبارات الواضحة والغامضة حيث يرون أنه إذا كانت العبارة غامضة تجوز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات ، وذلك أن الغامض ليس له معنى محدد حتى يمكن تحريفه وأن الشهادة والقرائن من شأنا بيان المعنى الحقيقي المكتوب ولا يتضمن بذلك مخالفة للعقد المكتوب طالما أن عبارات العقد لا تشمل على معنى محدد يتعلق بموضوع الشهادة (١)

وبذلك فإن أصحاب هذا الرأي يعلقون جواز اللجوء إلى البينة والقرائن في مادة التفسير على شرط غموض عبارات العقد المراد تفسيرها.

وبمفهوم المخالفة فإنه حسب رأيهم لا يجوز في حالة وضوح عبارة العقد اللجوء إلى البينة والقرائن ولأن في ذلك مخالفة لما هو مكتوب.

١-د .شوقي عبد الرحمان المرجع السابق صفحة ٦٤

الفصل الثاني

التفسير في حالة استحالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ودور المحكمة العليا

بعد أن تطرقت في الفصل الأول إلى عملية التفسير بدأ بتعريف التفسير كمدخل ثم تطرقت إلى قواعد التفسير الشخصية التي يستعين بها القاضي في عملية تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين .سوف أتطرق في هذا الفصل لعملية تفسير العقد بعد أن استحال على القاضي الوصول إلي النية الحقيقية للطرفين.

ولكن المشكل الذي يطرح نفسه هو أن القاضي قد يلجأ إلى جميع قواعد التفسير الشخصية منها القواعد الداخلية والتي يستمدها من العقد ذاته ، ويحاول الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين إلا أنه قد يخفق في الوصول إليها .

فيحاول مرة أخرى مستندا إلى القواعد الخارجية لتفسير العقد ، ولكن بالرغم من ذلك فإنه لا يستطيع الكشف عن هذه النية المشتركة وبالتالي رفع الغموض واللبس عن العقد وكذلك رغم أنه قد يلجأ في بعض الأحيان إلى قواعد الإثبات ليثمن ما جاء به المتعاقدان لنية مخالفة لتلك الظاهرة في العقد فما هو الحل الذي يلجأ إليه القاضي مع قصور قواعد التفسير الشخصي وهو في حاجة إلى فض النزاع ورفع اللبس عن العقد وتمكين المتعاقدين من تنفيذ العقد ؟.

إن المشرع الجزائري وعلى غرار معظم التشريعات إضافة إلى قواعد التفسير الشخصية منح للقاضي قواعد تفسير موضوعية يلجأ إليها عند قصور قواعد التفسير الشخصي واستحالة استظهار النية المشتركة للمتعاقدين .

وتتجسد هذه القواعد بما جاءت به المادة ١١٢ والتي تنص على أنه :

" *يؤول الشك في مصلحة المدين*

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن." وإن التفسير الموضوعي لا يهدف إلى البحث عن النية المشتركة

للمتعاقدين بل يهدف إلى تحقيق إرادة المشرع وبذلك فإنه يعد مسألة قانون ، وليس وسيلة للتفسير .

وبذلك فإن التفسير الموضوعي لا يأتي إلا بعد استحالة التعرف على نية الأطراف وأن الشك يبقى يعتري العقد دائما ، وعليه فإن التفسير الموضوعي يتكون من عنصر واحد وهو تطبيق القانون

وذلك على خلاف التفسير الشخصي والذي يتكون من عنصرين ، العنصر الأول يتعلق بتطبيق القانون أي المادة ١١١ من القانون المدني الجزائري والعنصر الثاني يتعلق بالوقائع وهو الكشف عن النية المشتركة.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق إلى قواعد التفسير الموضوعي والتي تتمثل في قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ثم إلى الاستثناء الوارد عنها في المبحث الأول ثم في المبحث الثاني إلى مدى رقابة المحكمة العليا لعملية تفسير بمعنى أخر دور المحكمة العليا في عملية التفسير .

المبحث الأول :

قواعد التفسير الموضوعية .

سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى قواعد التفسير الموضوعية والتي تمكن من فض النزاع في العقد حيث تفرض على القاضي أن لا يعطي للعقد معنى مخالفا للمعنى الذي يحقق مصلحة الطرف المدين.إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها استثناء في عقود الإذعان ذلك بما لهذه العقود من خصوصية ويتمثل الاستثناء في تفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة المذعن.

وسوف نتطرق إلى القاعدة العامة وهي تفسير الشك لمصلحة المدين وهذا في المطلب الأول ، ثم في المطلب الثاني إلى الاستثناء الوارد على القاعدة والمتمثل في تفسير الشك في عقد الإذعان لمصلحة المذعن.

المطلب الأول :

قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى قاعدة هامة في التفسير فمن الواجب أولا التطرق إلى مدلول هذه القاعدة ثم إلى شروط تطبيقها ثم إلى أساس تقريرهـا وأخـيرا إلى نطـاق تطبيقها .

الفرع الأول :

مدلول قاعدة تفسير الشك لصالح المدين .

قد لا يصل القاضي من خلال بحثه في قواعد التفسير إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيضل هناك شك حول حقيقة هذه الإرادة فمجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولا يمكن ترجيح وجه على وجـه آخـر يحدث ترددا في اختيار المعني الذي تحمله العبارة محل التفسير. (١) وأن القاضي يستحيل عليه تبيين وجه واحد لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فهذه قرينة على أنه لـيس هناك نية مشتركة للمتعاقدين ، بمعنى أن كلا منهما أراد شيئا لم يرده الأخر .

فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تتحدد من قول القاضي بأن التفسير ليس مستحيلا وفي نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك .

وإن هذه القاعدة والتي أقرتا معظم التشريعات بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة ١١٢ قاعدة احتياطية في التفسير ، بمعنى أنه لا يلجأ إليها القاضي إلا بعد أن يتعذر عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بواسطة القواعد الأصلية في التفسير.

---

١ -انظر أنور سلطان المرجع السابق الصفحة ٢٢٦

وذلك أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع بافتراض ما أراده المتعاقدان مفضلا مصلحة المدين على مصلحة الدائن ولكن ما هو المقصود بالمدين ؟ هل يقصد به من يكون مدينا بالنسبة للعقد في جملته ؟.

– المقصود بالمدين في نص المادة ١١٢ من القانون المدني الجزائري:

يقصدبالمدين هوالطرف الذي يتحمل الالتزام محل تفسير العقد أومحل الشك(١)

وإن هذا الأمر واضح بالنسبة لعقود التبرع التي يكون فيها الالتزام من جانب واحد فيكون دائما المتبرع هو المدين والآخر دائنا ففي هذه الحالة يسهل تفسير الشك حيث يكون دائما لصالح المتبرع أي الملتزم. أما العقود الملزمة لجانبين عامة يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا في نفس الوقت .

فالمدين الذي نقصده في مادة التفسير والذي يستفيد من تفسير الشك هو المدين بالإلتزام الذي يراد به في الشرط أي الشخص الذي يضار من الشرط المراد تفسيره.وفي هذه الحالة ينبغي النظر إلى كل شرط من شروط العقد على حده عندما تدعو الحاجة إلى تفسير أي منها، فإذا قام الشك فسر لمصلحة الملتزم في خصوص هذا الشرط الذي يشوبه الغموض ، بصرف النظر عن وضع الشخص من العقد بمجمله.(٢)

الفرع الثاني :

شروط تطبيق القاعدة :

إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لا تستند في تطبيقها إلى نية المتعاقدين فمن الواجب الاحتراز في تطبيقها فلا يمكن ذلك إلا بتوفر عدة شروط :

١- أنظر في هذا المعني كل من صبري السعدي المرجع السابق صفحة ٣٠٠، أستاذ فلالي المرجع السابق صفحة ٣١٦

٢- توفيق حسن فرج المرجع السابق صفحة ٢٦٥

أ ـ وجود مبرر للتفسير :

فإذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في ظاهرها ويمكن استخراج إرادة الأطراف منها فلا مبرر لإعمال القاعدة ، وإنما تضيق القاعدة في حالة غموض عبارات العقد وانحلال النية المشتركة للمتعاقدين من خلال تضارب معاني العبارة الواحدة ، ففي حالة غموض عبارة العقد وإستحالة الوصول إلى النية المشتركة كان للقاضي أن يطبق القاعدة لفض النزاع بإعطاء معنى للنص مراعيا في ذلك مصلحة المدين .

ب ـ استنفاذ وسائل التفسير الشخصي :

الغرض من عملية التفسير هو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، ذلك أن إرادة الطرفين هي العنصر الجوهري في العقد فلا يجوز اللجوء إلى الافتراض إلا بعد استنفاذ الوسائل الكاشفة عن هذه النية وثبوت قصورها في الوصول إلى جوهر العقد .

وذلك كما سبق وأن تطرقنا إليه بأن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين هي قاعدة احتياطية ،لا يلجأ إليها إلا بعد التأكد من أن الطريق مسدود أمام التفسير

ت ـ ثبوت الشك في **التعرف على النية المشتركة** :

إذا استمر الشك في الوصول إلى النية المشتركة وصرح القاضي بأنه استحال عليه الوقوف على وجه من الأوجه المتعددة التي وصل إليها بعد البحث ومحاولة التفسير أدى الشك إلى تغليب النية التي تكون لصالح المدين .

ث ـ حسن نية المدين :

لتطبيق القاعدة يجب أن يكون المدين حسن النية بحيث لا ذنب له في غموض عبارات العقد. فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر والأساس الذي قامت عليه القاعدة ، إذ أن جميع القواعد القانونية تنصب على عدم حماية سيئ النية .

ذلك أن سوء النية يرفع الحماية عن المدين .

الفرع الثالث :

أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

إذا استحال على القاضي الكشف عن النية المشتركة فلا يجوز له أن يلجـأ إلى النيـة المحتملة ذلك أن معيار التفسير الموضوعي ليس تحديد الإرادة التي يجب أن تكون عنـد المتعاقدين بافتراضها . وإنما أساسها الأغراض الموضوعية التي تستند إلى حماية حسن النية والعدالة وحماية الطرف الضعيف .(١)

وإن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين قاعدة تبررها العدالة .

وإن هناك اعتبارات عديدة تظهر لنا وجهة نظر المشرع من وراء تقريره لهذه القاعـدة تتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي :

١) ـ الأصل براءة الذمة :

إن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة ، والاستثناء أن يكون ملزما وإن الإستثناء لا يجب التوسع فيه.

فلا يجب أن نفترض الالتزام وإنما المفروض براءة الذمة حتى يثبت العكس .

ولذلك فإنه يجب افتراض أن المدين التزم إلى أضيق مدى تحمله عبـارة العقـد المـراد تفسيرها ، ولا يجب أن نحمله أكثر من هذا المدى .(٢)

٢) ـ الدائن هو المكلف بالإثبات:

حيث أنه إذا كان هناك شك في مدى التزام المدين و أراد الدائن الأخذ بالمدى الواسـع فإنه وجب عليه أن يثبت هذا الالتزام،فإذا عجز عن إثباته فإننا لا نأخذ إلا بالمدى الضيق للالتزام لا الواسع له .

---

١ - د. عبد الحي حجازي المرجع السابق في الهامش الصفحة ٥٨٣

٢- د.الشوربي المرجع السابق صفحة ٢٢٧

وذلك أنه وحده الذي قام عليه الدليل وفي الحقيقة أن القاعدة هنا قاعدة إثبات والتي تصاغ " البينة على من ادعى ". (١)

٣) ـ الدائن هو من يملي الالتزام على المدين .

إن القاعدة في العقد أن الدائن هو من يملي الالتزام لا المدين ، فإذا كان الالتزام مبهما غامضا يحول حوله الشك فإن الدائن من يتحمل نتيجة خطأه ويستفيد المدين بأن يفسر الشك لمصلحته .(٢)

٤) ـ المدين هو الطرف الضعيف في الالتزام .

لقد أقرت جميع التشريعات والفقه والقضاء على أنه من الواجب في العلاقات التعاقدية حماية الطرف الضعيف وفي جميع مراحل العقد. ومن بينها التفسير فإنه على القاضي أن يحمي مصلحة الطرف الضعيف ،وبذلك فإن المدين هو الطرف الضعيف في الالتزام ومن الواجب حمايته ، وأن تقرير قاعدة تفسير العقد لمصلحة المدين هي من بين القواعد التي أقرها الشارع لحماية الطرف الضعيف .

الفرع الرابع :

نطاق تطبيق القاعدة .

من الواجب الإشارة إلى أن القاعدة في التفسير هي التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين وعلى القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين مهما كان هذا عسيرا ، وإذا استطاع إزالة الشك وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين .

١-د. صبري السعدي المرجع السابق صفحة ٣٠٠

٢-د. فرج الصده المرجع السابق صفحة ٨١

أما مجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة فكل منها محتمل ولا يمكـن ترجيح أي وجه على الآخر فهي قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة ، بل أراد كل منهما شيء لم يرده الآخر.

فهنا يتدخل دور قواعد التفسير الموضوعية وعلى القاضي أن يفسر الشك لمصلحة الدين كقاعدة عامة وكاستثناء لصالح الطرف المذعن في عقد الإذعان وهذا ما سوف نتطـرق إليه في المطلب اللاحق

المطلب الثاني :

تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقد الإذعان .

إن الأصل كما قد سبقت الإشارة إليه تفسير الشك في العقد بصفة عامة لمصلحة المدين إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقود الإذعان ، وذلك لما لها مـن خـصوصية تميزها عن العقود الأخرى.

إذ أن المشرع استثناها بنص خاص فيما يتعلق بالتفسير ، حيث جاء في نـص المـادة ٠٢/١١٢ :" أن التفسير لا يجب أن يكون ضارا بمصلحة المذعن.".

بمفهوم المخالفة فإن تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن سـواء كان مدينا أو دائنا.وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف عقد الإذعان و ما يميزه عن باقي العقود التي تجعله منفردا بقاعدة تفسير خاصة ولماذا قرر المـشرع هـذا الاستثناء.

الفرع الأول

تعريف عقد الإذعان .

إن أي من التشريعات لم تعط تعريفا لعقد الإذعان حيث تولى الفقه مهمة تعريفـه و لم يكن هناك إجماع على تعريف شامل لعقد الإذعان.

حيث عرفه سالي وهو صاحب أول فكرة للإذعان على أنه" عقد الإذعان هـو محـض تغليب إرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتملي قانونا ، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ويفرضها مسبقا جانب واحد ولا ينقصها سوى أن يكون هناك من يقبل قانون العقد ".(١)

ويعرفه الدكتورعبد الرزاق أحمد السنهوري وهو أول من أطلق عليه تسمية الإذعان " قد يكون القبول مجرد إذعان كما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقـشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع وكمـا كـان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه ، فهو مضطر إلى القبول ،فرضاؤه مجرد ولكنـه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود عقود الإذعان " .(٢)

ويعرفه الأستاذ لعشب محفوظ :" عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجههـا إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانظمام إليه ،ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة "(٣)

وإنه من خلال التعريفات السابقة يظهر لنا جليا اختلاف عقد الإذعان عن غـيره مـن العقود .

وإن المشرع الجزائري مثل باقي التشريعات لم يعرف عقد الإذعان وإنما اكتفى بـالنص على كيفية القبول في عقد الإذعان من خلال نص المادة ٧٠ من القانون المدني الجزائري والذي جاء فيها :

"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبـل المناقشة فيها"

١-سالي المرجع السابق صفحة ١٣٣

٢- عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني جزء١ صفحة ٢٤٤

٣-محفوظ لعشب المرجع السابق صفحة ٣١

الفرع الثاني :

طبيعة عقد الإذعان.

لقد ارتأيت التطرق إلى طبيعة عقد الإذعان ذلك أن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة ،إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة ، ومن بين المشاكل غموض العقد .

فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان لها دور جد هام في عملية التفسير .

فإذا كان عقدا فإن تفسيره يكون وفقا لتفسير العقود وإذا كان نظاما يفسر تفسير القانون وليس العقد. ذلك أن الفقه قد انقسم إلى فريقين منهم من يرى أن عقد الإذعان هو عقد ومنهم من لا يراه سوى نظاما .

وسوف نتطرق إلى الرأيين كما يلي:

أ – عقد الإذعان ما هو إلا نظام .

إن هذا الرأي ينكر وصف العقد على الإذعان ويرى فيه مجرد نظام قانوني ، وما هو سوى مجرد لائحة تحكيم .

وبذلك فإنه مادام لا يوجد توافق الإرادتين فإن عقد الإذعان المزعوم ليس عقدا وإنما يشبه القانون.

ذلك أن الطرف الذاعن هو الوحيد الذي ينفرد بوضع شروط العقد فليس هناك تفاوض وما على المذعن إلا القبول أو الرفض .

ويعتمد هذا الرأي على أساس أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية التفاوض وهو ما يغيب في عقد الإذعان .

ويرون أن عقد الإذعان ليس له من العقد سوى الاسم لأنه تغليب الإرادة الواحدة ، وأن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تستمد قوتا من توافق الارادتين ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه والذي خلق قانونا ، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن تحت شرط الإذعان.

ويضيفون بأننا لا نبحث عن إرادة المنضمين إلى العقد ولا نعتد بها ونأخذ فقط إرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزه كمركز المشرع وتكون إرادته هي القاعدة في التفسير (١)

ومن هنا يجب أن يفسر الإذعان كما يفسر القانون وأن يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية.

وقد ذهب **(ليون ديجي)** بنفس المذهب الذي يراه (**سالي)** فعنده عقود الإذعان هي شكل من أشكال تصرف الإرادة المنفردة .

وإن القيمة القانونية للإذعان تخلق من المنفعة العامة التي يطلق عليها الضرورات الاجتماعية .(٢)

وبذلك فإن تفسير عقد الإذعان لا يتوقف على إرادة محرري العقد بل إن التفسير الذي يجب أن يذهب إليه القاضي يقترب من ذلك التفسير الذي يفترضه عندما يتعلق الأمر بتفسير القانون .

ويقول(**هوريوا)** في هذا الشأن في مقاله :"إذ أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار أما هنا فالقبول مجرد إذعان وخضوع فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون نظاما . ولذلك يجب أن يفسر كما يفسر القانون ويراعى تطبيقه للعدالة وحسن النية ." (٣)

١- سالي المرجع السابق ٢٢٩

٢- لعشب محفوظ المرجع السابق صفحة ٤٤

٣ – منقول عن عبد الرزاق احمد سنهوري الوسيط ج١ صفحة ٢٤٧

ب- الرأي القائل بالصفة العقدية للإذعان .

يرى أنصار هذا الرأي وهم أغلبية فقهاء القانون المدني بالـصفة التعاقديـة لعقـد الإذعان .

حيث يرون أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا يفسده حتى. وبالتالي القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد صحيح .

وأنه منذ قرون خلت يطلق لفظ العقود على عمليات يحدد فيها أحد الأطراف شروطه وعلى الآخر أن يقبلها أو يرفضها والمهم أن يكون القابل بالشروط المعروضة عليه غـير مرغم ، أي حر في القبول أو الرفض فإذا قبل فإنه يكون قـد أدلى برضـائه فيتكـون العقد(١)

ويرى أنصار هذا الرأي أيضا أنه " إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحـت تـأثير الغلط الاقتصادي فإن ذلك لا يمس ذات وجودها ولا يعتبر حتى سـببا مـن شـأنه أن يفسدها " . (٢)

إذ أن الأصل في التعاقد أن يتسم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة بحيث تترك لكل مـن الطرفين الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط ، وهناك من العقـود عقـد الإذعان الذي يشذ على القاعدة ويضع أحد الطرفين هذه الشروط ولا يكـون أمـام الطرف الثاني إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث أن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ.

ويقول **الدكتور السنهوري** في هذا الشأن:" فالإيجاب المقترن بميعـاد للقبـول ملـزم للموجب طبقا لنص التقنين الجديد ، ولم يعد بعده هذا النص في حاجة إلى البحث

١- د.سليمان مرقس نظرية العقد دار النهضة العربية طبعة سنة ١٩٨٨ صفحة ١٢٤ الي ١٢٥

٢-د.عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد دار النهضة العربية الطبعة ١٩٨١ الصفحة ١٠٣

عن الأساس الذي تقوم عليه القوة الملزمة فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملـزم أي الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقا لنص القانون ".(١)

وهكذا فإن أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان يرون عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا وكذا خطورتا إذا كانت تدف إلى الوصول إلى إعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة .(٢)

وأن الاعتراف بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان يلزمنا بتفسيره تفسير العقود لا القـانون مراعاة في ذلك ما نص عليه القانون وهو ما سوف نتطرق إليه لاحقا.

الفرع الثالث :

تفسير عقد الإذعان .

وفقا لما تقدم في تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية فإنه لا يمكن أن نعاملـه مثـل العقود الأخرى ذلك أن الأصل في التفسير هو البحث في النية المشتركة للمتعاقدين ، إلا أن هذه النية المشتركة تغيب في عقد الإذعان .

لذلك فقد خص المشرع عقود الإذعان بميزة أخرى خرج با عن القاعـدة العامـة في التفسير وهي أن لا يكون التفسير ضارا بمصلحة المذعن .(٣)

وإن تفسير عقد الإذعان لا يكون على أساس القصد المشترك للمتعاقدين وإنمـا علـى أساس الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان .

وقد أورد المشرع الجزائري شأنه شأن معظم التشريعات العربية مانصت عليه المادة ١١٢ : "*يؤول الشك في مصلحة المدين.غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن*" .

١- عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط ج١ صفحة ٢٢٣

٢- لعشب محفوظ المرجع السابق صفحة ٤٢

٣- سليمان مرقس المرجع السابق صفحة ٢٦ بند ٩٣٩

حيث أصبح من السهل على القاضي تفسير عقد الإذعان ذلك أنه غير مجبر على الاجتهاد لحماية الطرف الضعيف وإنما يفسر الشك لصالح المذعن سواء كان مدينا أو دائنا كونه الطرف الضعيف في عقد الإذعان دائما .وقد انتهج القضاء هذا المنهج حيث صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٠٨ والذي راعى قضاة الموضوع في تفسيرهم للعقد المبرم بين شركة التأمين والنادي السياحي مركز النادي من العقد كونه الطرف المذعن وفسر الشك لمصلحته . (١)

وإن تفسير عقد الإذعان لا يخلوا من الحالتين :

أ ـ فإذا كانت عبارات العقد واضحة طبقا لما جاء في المادة ١١١ تكشف بصراحة على مدلول العقد فإنه لا يجوز للقاضي الخروج عن هذه القاعدة كونا الأصل والذهاب إلى الاستثناء المتمثل في التفسير لصالح المذعن.

وإنما هو مجبر بالتقيد أولا بما هو مقرر وإنه إذا كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة ظاهرة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة محرريها أو المتعاقدين وأنه إن كان من سلطة قاضي الموضوع تفسير الاتفاقات والمحررات للتعرف على حقيقة القصد فإن ذلك مشروط بأن لا يكون التفسير خروجا عما تحمله العبارات الحقيقة فلا يجوز تشويهها .(٢) حتى وإن كان ذلك ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

ب ـ أما إذا كانت عبارات عقد الإذعان غامضة : فوجب على القاضي تفسير هذا الغموض ويجب ألا يكون تفسير الشك ضارا بالطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا وان المشرع وضع الإستثناء المتمثل في تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن سواء كان مدينا أو دائنا له مبررات عديدة أهمها هو حماية الطرف الضعيف.

---

١ - قرار منشور مجلة قضائية سنة ١٩٩٨ العدد الثاني ملف رقم ١٦٠٦٧٣ بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٠٨

٢-د. بدر جسام اليعقوب أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي طبعة ١٩٨١ صفحة ٢٨٤

إلا أن هناك ملاحظة حيث نجد أن هاته القاعدة غابت في القانون المدني الفرنسي حيث أنه يعتد في تفسير عقد الإذعان كباقي العقود الأخرى بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في نص المادة ١١٦٢ قانون مدني فرنسي .إلا أن الفقه الفرنسي قد رأى في تضيق هذه القاعدة القانونية إضرار كبيرا بالطرف المذعن إذا ما كان الطرف الدائن .

فقد لجأ إلى حلول قضائية تخفف من حدة الضرر باعتبار أن نص المادة ١١٦٢ ليس له طبيعة آمرة .

وبذلك يمكن تطبيقه بالكيفية التي تتوافق وضروف كل دعوى بالإضافة إلى أن طبيعة تكوين عقود الإذعان كونها تفتقد الرضاء الحقيقي الكامل الذي نجده في العقود الأخرى .(١)

وإنه قبل صدور القانون المدني الجزائري بموجب أمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون المدني .حيث كان يطبق القانون الفرنسي بحكم الظروف التاريخية التي كانت آنذاك تعيشها الجزائر

فإنه قد صدر حكم عن محكمة الجزائر في جلسة ٤ فبراير ١٩٢٣ قضى بتفسير الشك لمصلحة شركة التأمين ذلك أنها في الشرط المراد تفسيره مدينة دون مراعاة كون العقد من عقود الإذعان .(٢) .

الفرع الرابع :

أساس تقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن .

إن المشرع قد فعل الصواب بتقريره في نص المادة ٠٢/١١٢ تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان فأوجب على القاضي تفسير الغموض شرط أن يكون في صالح الطرف المذعن لعدة اعتبارات .

١- عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٣٥٢-٣٥٣

٢- قرار منقول من مجلة المحاماة السنة ٠٤ رقم ٥٣٩ الصفحة ٧٠٢

أ_ فأول هذه الاعتبارات أن تبعة الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحريـر العقد وهو الطرف الذاعن وكان من الأولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن .(١)

ب _ و ثانيا إنه إذا عقد الإذعان فالإرادة المشتركة تكاد تختفي تماما ، حيث يتـوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع على عقد التـأمين وهو المال الخصب لعقود الإذعان والذي من الصواب تحقيق العدالة فيه حيـث يفـسر الغموض لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا .(٢)

ت _ وثالثا إن القواعد العامة تقضي حماية الطرف الضعيف وإن الطـرف المـذعن في عقد الإذعان هو دائما الضعيف بغض النظر عن مركزه ، حتى ولو كان الطرف المذعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض فإن التفسير يكون لمصلحته لأن العاقـد المحتكر هو الطرف القادر والذي له الوسائل التي تمكنه مـن تبـيين صـيغ الـشروط وتوضيحها .(٣)

ولهذا أيضا فإن المشرع أباح للقاضي تعديل ما قد يكون في العقد من شروط تعـسفية وإعطاء الطرف المذعن ، منها ما جاءت به المادة١١٢ إضافة إلى حمايته عند تفسير العقد

١- د.عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق بند ٨٥

٢- د.بدر جسام اليقوب المرجع السابق صفحة ٢٨٧

٣- د.الشوربي المرجع السابق صفحة ٦٨

المبحـــــث الثـــــــاني :
دور المحكمة العليا في عملية التفسير .

بعد أن تطرقنا فيما سبق إلى المهمة الدقيقة التي يقوم بها القاضي محاولا رفع الغموض عن العقد وجعله يأخذ المجرى الذي أنشئ من أجله بإحداث آثار قانونية

عن طريق عملية التفسير فإننا من خلال هذا المبحث سوف نتطـرق إلى دور المحكمـة العليا بصفتها الهيئة القضائية المسؤولة عن رقابة إعمال القاضي للقواعد القانونية ، والتي تسهر على حسن تطبيق القانون ووحدته.

_ حيث تنحصر مهمتها في رقابة تطبيق قضاة الموضوع للقانون والبعد عـن وقـائع الدعوى ، فهي لا تقوم بوضع نصوص تشريعية تطبقها المحاكم أو تعيد فحـص وقـائع الدعوى لأن هذا يخالف الغرض الذي أنشئت من أجله .

فإن القاضي ورغم السلطة التي منحت له وهي ممارسة عملية التفسير سـواء التفـسير الشخصي أو التفسير الموضوعي فإنه يخضع لرقابة عليا حرصا على سلامة تطبيق القانون وخوفا من خروجه عن الوجهة التي رسمها له الشارع من خلال المواد الـتي قررهـا في عملية التفسير .

و المحكمة العليا تلعب دورا هاما في عملية التفسير سواء الشخصي أو الموضوعي إلا أن الرقابة تختلف في الاثنين .

وذلك أنه في التفسير الشخصي رقابة المحكمة العليا لا تقوم إلا عن طريـق التفـسير لا على نتيجة التفسير لأن القانون يفرض على القاضي طريقة معينة في التفسير وله السلطة التقديرية في تقدير النية المشتركة للمتعاقدين كونها النية الحقيقيةولايفرض عليه نتيجة ما .

أما التفسير الموضوعي والذي يقوم عند الشك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين فإن المحكمة العليا تفرض رقابتها على نتيجة التفسير و ذلك أن النتيجة تنحدر مباشرة من تطبيق القاعدة قانونية .

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نستخلص أن دور المحكمة العليا يقوم إذا كانت المسألة متعلقة بقاعدة قانونية

أما إذا كانت مسألة واقع فأنها تخرج عن رقابة المحكمة العليا لأنها محكمة قانون وليست محكمة واقع.

لكن المشكل الذي يثور ويطرح نفسه هوكيفية التميز بين ما هو واقع وما هو قانون في عملية التفسير ؟

وهو ما سوف نجيب عليه في المطلب الأول

المطلب الأول :

التميز بين الواقع والقانون في عملية التفسير .

إن المحكمة العليا ليست محكمة موضوع بل محكمة قانون ومن ثم فإنه لا يمكن أن يتناول اختصاصها كل المسائل المتعلقة بالعقد إذ منها مالا يهم إلا مصلحة طرفي العقد ، في حين تترك مسائل الواقع لسلطة قاضي الموضوع .

وسوف نتطرق إلى معيار التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون ثم إلى تحديد ما يعتبر واقع في التفسير وما يعتبر قانونا في التفسير .

الفرع الأول :

معيار التميز بين الواقع والقانون :

يتحدد نطاق رقابة المحكمة العليا لعملية التفسير على ضوء عملية التمييز بين الواقع والقانون .

إلا أنه من الصعب فصل مسائل القانون عن مسائل الواقع بطريقة دقيقة ووضع معيار علمي يصيغ قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة واقع أو مسألة قانون .

ومن خلال المعايير الفقهية والقضائية التي سادت بصدد التميز بين مسائل الواقع و مسائل القانون .يذهب الفقه إلى أنه إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى

بتقرير الأدلة المقدمة من الخصوم وموازنتها بين أقوال الشهود وترجيح قرينة على أخرى فإن ذلك كله واقع يكون البث فيه من اختصاص قاضي الموضوع .

أما إذا تعلق الأمر بتكيف هذه الوقائع وبيان ماهيتها من وجهة نظر القـانون وتحديـد الآثار القانونية المترتبة على هذا التطبيق فإن الأمر يعد من مـسائل القـانون يفـرض الرقابة(١)

ويستخلص الفقه بصفة عامة في التمييز بين الوقائع والقانون إلى عدة طرق منها :

أ _ الطريقة الأولى :

يضعها **الأستاذ (BONNIER)** ،وتتبلور هذه الطريقة في تتبع المراحل التي يمر بها النزاع أمام القاضي لينفي منها ما يتعلق بالوقائع وما يتعلق بالقانون و أن نشاط القاضـي يمـر بثلاثة مراحل :

١ _ مرحلة التحقق من وجود وقائع الدعوى فقد لاحظ الفقه أن مسائل الواقع تعتمد على أمور يتعين ثبوتها أمام القضاء بإقامة الدليل عليها ثم تترك للقاضي ليستخلص منـها إرادة الخصوم مستخدما في ذلك خبرته بهدف تفسيره للوقائع التي تثبتـها لديـه إذ أن التفسير ليس هو محل الإثبات بل الوقائع التي يستند إليها .

وهذا بخلاف الحال بالنسبة لمسائل القانون التي ليست محل إثبات ، ومن خـلال هـذه العملية يقوم القاضي بتمحيص الوقائع لينتهي إلى ثبوت بعضها بأدلة وإهدار بعضها لعدم كفاية الدليل عليه .(٢)

ونستخلص أن نشاط القاضي في هذه المرحلة نشاط ذهني ينصب على الوقائع لا رقابة للمحكمة العليا عليه .

٢_المرحلة الثانية وهي مرحلة البحث عن تعريف القانون للوقائع والتي تتمثل في مرحلة تكييف الوقائع التي انتهى القاضي إلى إثباتها وإعطاءها الوصف المناسب .

١- عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٤٠٠

٢- إبراهيم بن جديد سلطة التقدرية للقاضي المدني رسالة ماجستير سنة ٩٤-٩٥ جامعة الجزائر الصفحة ٦٥

٣ _ المرحلة الأخيرة : وهي مرحلة تكييف النتائج القانونية التي يرتبها القانون والتي نتج عنها النزاع وإنزال حكم القانون على الوقائع الثابتة.

وقد قرر الفقه أن هاتين المرحلتين الأخيرتين من مسائل القانون و النشاط الذهني للقاضي عمل قانوني وبالتالي يجب إخضاعه لرقابة المحكمة العليا.

ب _ **الطريقة الثانية** :

أما الطريقة الثانية التي يسير عليها الألمان والإيطاليون مؤداها أن محل حكم صدر في الدعوى أو في شق منها يفترض أنه طبق قاعدة قانونية على وقائع محددة ثابتة لدى القاضي وهذه القاعدة القانونية لها شروط معينة في التطبيق .(١)

فمثلا القاعدة في المادة ١٢٤ مدني :"*كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض*" .

إن نص المادة يشترط حدوث الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، فإذا ثبت من وقائع الدعوى توفر شروط تطبيق هذه المادة تعين على القاضي في تطبيقها وأعمال حكمها القضاء بالتعويض .

وإذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون نكون بصدد مسألة قانونية .لمخالفته للقانون في التطبيق أو التأويل.

أما إذا أخطأ في ذات الدعوى كأن يكون قد استخلص وقائع لم يقم الدليل عليها في الدعوى أو الأخذ بظروف ليست جدية فإن ذلك يعد مسألة الواقع التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع

أما إذا كان خطأه في تكيف الوقائع التي ثبت لديه كأن يعطيها وصفا قانونيا غير صحيح فإنه يعد مخطأ في حكم القانون .

١- د.عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٤٠١

ت _ مذهب الاستدلال والقياس :

في محاولة أخرى لإعمال معيار التمييز لجأ الفقه إلى انتهاج مذهب استدلالي والقيـاس ومضمونه أن الحكم القضائي هو في الواقع منتهج منطقي أو استدلال قـضائي معـين مقدمته الكبرى القاعدة القانونية ومجموع الوقائع تفسير مقدمته الصغرى .

ويترتب على ذلك إذا كان الخطأ واقعا في المقدمة الكبرى أي القاعدة القانونية يستوجب أعمال رقابة المحكمة العليا .

أما إذا وقع الخطأ في نتيجة القياس نكون أمام خطأ في الوقائع .(١)

وإزاء اختلاف الفقه حول إمكانية الاعتماد على التميز بين الوقائع والقـانون كمعيـار لتحديد نطاق الرقابة .حيث ثبت غموض هذه الفكرة لا سيما وقـد فـشلت جميـع المحاولات بصدد إيجاد حد فاصل بين ما يعتبر من الواقع وما يعتبر من القانون لأجل هذا قرر الفقه أن غموض فكرتي الواقع والقانون يؤدي حتما إلى استحالة تقييم دقيق وبـارز بينهما فالواقعة البحتة والقانون البحت لا يوجد في الحقيقة القانونية .

الفرع الثاني :

ما يعتبر قانونا في التفسير يخضع لرقابة .

إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في فهم وقائع الدعوى واسـتخلاص إرادة المتعاقدين دون رقابة إلا أن ذلك يختلف فيما إذا تعلق بمسائل فرضها، وهي تلك القواعد التي يستعين با، وتدخل ضمن قواعد قانونية.

---

١ -إبراهيم بن جديد المرجع السابق صفحة ٦٧

فإن قاضي الموضوع عند الإستعانة بهذه القواعد القانونية إنما يخضع لرقابة مطلقة للمحكمة العليا ،لذلك فأي مخالفة لهذه القواعد القانونية أو تجاهل لها أثناء القيام بمهمة التفسير إنما يعد مخالفا للقانون وبذلك فإن المحكمة العليا تفرض رقابتها إذ يجب عليها نقض حكمه لمجاوزته القاعدة القانونية.

وأستخلص من النصوص القانونية أن قواعد التفسير الملزمة قانونا هي :

أ_ **قاعدة الالتزام بالعبارات الواضحة** :

لقد نصت المادة ١١١/١٠ أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين "

فالخروج عن عبارة العقد الواضحة بمحاولة تفسيرها رغم وضوحها يعد خرقا للقانون ، وإن محاولة القاضي تفسير المعنى الواضح للعبارة يعطيها معنى مخالف للحقيقة ،يعد تجاوزا قانونيا ،فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن المعنى الواضح , وقد حرس القضاء على التزام القاضي بهذا المبدأ. حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ ١٩٩١/٠٦/١٦ بنقض قرار قضاة الموضوع الذين فسروا نوعية العقد بصفة مخالفة للصفة التي أعطيت لهذا العقد من طرف المتعاقدين و حيث كانت عبارات العقد واضحة في جملتها تدل على ما أراده المتعاقدان .(١)

والمقصود بالوضوح هنا وضوح الإرادة وليس اللفظ . ذلك أن الأصل يفترض أن اللفظ يعبر بصدق كما تقصده الإرادة وعلى القاضي في محاولة التفسير للعبارة الواضحة إذا حملت العبارة معنى مغاير للظاهر أن يعطي تبريرا وذلك بتسبيب حكمه و إعطاءه الأسباب التي دفعته إلى النتيجة .(٢)

---

١ - قرار المحكمة العليا بتاريخ ٩١/٠٦/١٦ المجلة القضائية لسنة ٩٣ العدد الرابع رقم ٨٠٨١٦

٢-د. الشوربي مرجع سابق صفحة ٢٠٤

وبذلك فإن وضع المشرع لهذه القاعدة في المادة ١١١ ،إنما حرصا منه على عدم تـشويه وتحريف العبارة الواضحة التي من المفروض أنا تعبر في أغلب الأحيان عن النية المشتركة للمتعاقدين .

وإن أية مخالفة لهذه القاعدة يعد خرقا صريحا يخضع لنقض من قبل المحكمة العليا.

إنما هناك اختلاف في الفقه في مسألة تقدير قاضي الموضوع للعبارات فيما إذا كانت واضحة أو غامضة . فهل هذه السلطة التقديرية لتمييزه بين وضـوح وغمـوض العبارة تخضع لرقابة ؟

لقد انقسم الفقه في هذا الـال إلى قسمين :

القسم الأول :يرى أن للقاضي سلطة تقديرية في ما إذا كانت العبارات واضـحة أو غامضة ويخضع في ذلك إلى رقابة ،وله أن يعطي للعبارات الواضحة المعنى المقصود منها من قبل الطرفين وبما يخرجها عن معناها الظاهر .(١)

القسم الثاني :

يرى أن تقدير القاضي لغموض العبارات من وضوحها إنما يدخل في سلطته التقديريـة وأنه من مسائل الواقع وله أن يثبت ذلك بكافة الوسائل ولا يدخل ضمن رقابة المحكمة العليا مادام يبرر المعنى الذي يتوصل إليه .(٢)

ب _ الالتزام بالإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين :

إن الإرادة الحقيقية المشتركة أو كما تعبر عنـها المـادة ٠٢/١١١ " النيـة المـشتركة للمتعاقدين " هي جوهر العقد وإنه يستمد قوته الملزمة منها ، وإن إهدارها يعتبر إهدارا لهذه القوة .

١-عبد الرزاق احمد سنهوري المرجع السابق بند ٣٩٢ صفحة ٦٠٤

٢- احمد شوقي عبد الرحمان المرجع السابق صفحة ١٤

وإن هذه المسألة تعد من قبل القواعد القانونية التي لا يستقل بها قاضي الموضوع بل يخضع لرقابة المحكمة العليا فإن العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون هذه الإرادة هي المشتركة للمتعاقدين .

وإن هذه القاعدة ملزمة لا يجوز لقاضي الموضوع أثناء قيامه بعملية التفسير الخروج عنها و إنه في تقريره أن المتعاقدين يريدان شيئا معين ، وكان هذا الشيء جائزا قانونا فإن خرج القاضي عن ما أراده المتعاقدان ، وقضى بشيء مخالف له ، يكون بذلك قد خالف القانون ونقض قراره .

أما فيما يخص القواعد التي يستهدي بها القاضي للوصول إلى النية المشتركة كالعرف الجاري في المعاملات ، والأمانة والثقة ، مثلا ما هي إلا قواعد يستأنس ويستعين بها، تعد من قبل الوقائع لا تخضع لرقابة ، ذلك أن هذه القاعدة تفرض على القاضي طريقة ولا تفرض عليه نتيجة ما معينة .

حيث أنه إذا تجاهلها أو صرح بعدم اتباعها كونها لا تجدي للتعرف على النية المشتركة فإنه بذلك لا يخالف قاعدة القانون ولا يخضع قراره للنقض .

ت_ قاعدة الشك يفسر لصالح المدين:

لقد نصت المادة ١١٢/٠١ من القانون المدني الجزائري أن إذا استحال على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين ووقع في حالة شك كون النية هي الحقيقة والتي قصدها الطرفان ودخل دوامة الحيرة وعدم القدرة على أخذ القرار فإنه يجب أن يفسر هذا الشك لمصلحة المدين وذلك للاعتبارات التي قد سبق ذكرها ،و أهمها حماية الطرف الضعيف .

فإن هذه القاعدة تعد من المسائل القانون فلا يمكن للقاضي أن يفسر الشك لمصلحة الدائن إذا ثار شك حول نية المتعاقدين فهو بخروجه هذا يعد خرقا للقانون ويعرضه للنقض وهو في تطبيقه للقاعدة إنما يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ث _ تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح المذعن .

جاء في نص المادة ٠٢/١١٢ " ....غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبـارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"

هذه القاعدة قاعدة قانون أيضا ذلك أنه لا يجب على قاضي الموضوع إذا كان بـصدد تفسير عقد الإذعان أن يضر بالطرف المذعن إذا ثار شك حول نية المتعاقدين .

وإن القانون في هذه الحالة يفرض على القاضي نتيجة معينة لأن النتيجة تنحدر مباشرة من تطبيق القاعدة القانونية .

المطلب الثاني :

سلطة قاضي الموضوع فيما يعتبر من وقائع في التفسير

من خلال هدا المطلب سنسلط الضوء على السلطة الممنوحة للقاضـي فيمـا يخـص استنباطه للنية من خلال فهمه للوقائع المعروضة عليه و نحاول معرفة حدود هذه السلطة

الفرع الأول :

حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسيره للوقائع .

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية إزاء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد ، فلا يخضع في شأنا لرقابة المحكمة العليا .

وتنحصر مسائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للاسـتدلال علـى النيـة المشتركة لطرفي العقد ، وتقديره المعايير التي يستعين با في الكشف عنها وهي حسن النية والعرف والعدالة والثقة المتبادلة بين الطرفين ، وإذا أخطأ القاضي في استخلاصه للنيـة المشتركة أو أساء فهم أي معيار من هذه المعايير ، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع لا تمسه رقابة محكمة العليا . إذ أنه إذا أخطأ في فهمه لشروط العقد ، فهو يخالف العقد وليس القانون و دور المحكمة العليا رقابة سلامة تطبيق القانون .

و البحث في نية المتعاقدين بطبيعته يقضي أولا اللجوء إلى قواعد التفسير الداخليـة في العقد والتي يستمدها من ذات العقد حيث يحاول أن يفسر الشرط الغامض بناء على

الهدف من التعاقد والشروط الأخرى التي تضمنها العقد والمعنى الذي ينتجـه و ذلـك بإجراء تقريب بين شروط العقد .

وفي حالة قصور هذه الوسائل الداخلية في إيصال القاضي إلى نية المتعاقـدين ، لـه أن يبحث في عناصر خارجة عن العقد كالإستعانة بالوقائع المادية الكاشـفة عـن الإرادة الحقيقية . مثل الاستهداء بروح العدالة وحسن النية والعرف الجاري التعامل به.

وإن هذا الفهم الذي يقوم به القاضي إنما لا يتعدى فهما للوقائع وإن العملية التي يقوم با للبحث عن النية المشتركة في العقود إنما هي واقع لا يخضع فيه إلى الرقابة. ولكن إذا كان لا يترتب على مخالفته النقض فهل يعني أن هذه السلطة الممنوحة لقاضي الموضـوع هي سلطة غير محددة ؟

لكن من الواضح أن هذه السلطة مقيدة وليست مطلقة .

ذلك أن السلطة التقديرية مشروطة بالتسبيب فعلى القاضي أن يسبب النتيجـة الـتي توصل إليها ند عملية البحث و الإثبات للوقائع ، إذ ينقض حكمه إذا كـان مفتقـدا لأساسه القانوني لأنه مشوب بقصور التسبيب .

فإذا أثبت القاضي تحصله لإرادة الطرفين دون أن تكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص نوع الإرادة منها إن كانت وهمية أو كانت قائمة ولكنها تتناقض مع الثابت في الدعوى فإن حكمه يكون معيبا بالقصور في التسبيب مما يوجب نقضه .(١)

---

١ -إنني أري ان مجرد فرض على القاضي لتسبب للعملية التي قام من خللها بتحلل لوقائع واستنباط منها نيـة المتعاقدين لا يعد إلا نوعا من الرقابة التي تفرضها قضاة القانون ونوعا من التقليص في الـسلطة الممنوحـة للقاضي في هذا الـال والحد منها بصفة غير مباشرة .

الفرع الثاني :

النتائج المترتبة عن السلطة التقديرية للقاضي .

إذا كان العمل المنوط بقاضي الموضوع ينحـصر في البحـث عـن الإرادة النفـسية للمتعاقدين ويكون هذا التفسير واقعا لا يخضع للرقابة فإنه يترتب على هـذه الـسلطة التقديرية عدة نتائج هي:

_ أن القاضي لا يلتزم بالتكيف المعطى له من طرفي العقد إذا ما رأى عـدم سـلامته وعدم اتفاقه مع الإرادة الحقيقية لهما .

وعليه تغليب هذه الإرادة كونا الإرادة الحقيقية ويعطي العقد التكيف الذي يتفق معها وعليه أن يصحح التكيف الذي أعطاه إياه الأطراف سواء عن جهل أو عمد ويجب عليه تسبيب الوقائع التي توصل إليها وبنى عليها التكييف.

ويترتب على هذا أن تقدير قاضي الموضوع للصورية أو انتفائها متروك له للقول بأن هذا العقد صوري وهو في الحقيقة مثلا عقد هبة وليس عقد بيع .(١)

_ أن المعايير التي يستعين با القاضي في استخلاصه للنية المشتركة للطرفين والمتمثلة في حسن النية والعرف والعدالة والأمانة والثقة وهي في حقيقتها ظروف خارجية تعد جزء من التعبير عن الإرادة بمفهوم واسع ، فالتعبير الرئيسي الوارد في العقد ، عادة ما يكـون منصبا على المسائل الجوهرية فيه أما المسائل الثانوية فيحكمها العرف والعدالة وحـسن النية والأمانة والثقة المتبادلة . وإن القاضي يبحث عن الإرادة المشتركة من خلال التعبير الرئيسي و يلجأ إلى هذه المعايير التي لا يجب أن تكون متناقضة مع التعبير الرئيسي

---

١ - عبد الحكم فوده المرجع السابق صفحة ٤٠٩

ويجب أن تكون هذه المعايير مشتركة بين الطرفين. فمثلا العرف لا يؤخذ في الكـشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان معلوما من أحد أطراف التعاقد دون الآخر.

إلا أن هذا لا يمنع القاضي من أن يعدل من الشرط الواضح الوارد في العقـد إذا رأى أن هناك من الضروف ما يكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية و التعبير الرئيسي لا يعبر بحـق عن هذه الإرادة .

بيد أنه على القاضي أن يسلم بأن التعبير الرئيسي معيار لإرادة الطرفين وعدوله يجب أن يكون مسببا حتى تتمكن المحكمة العليا من الرقابة .

_ حيث يتعين على القاضي في تفسير العقد أن يبحث عما يقتضيه حسن النية حتى ولو لم يكن متفقا مع إرادتهما الحقيقية ، فإذا كانت الإرادة متناقضة مع حسن النية فإن عليه أن يستبدلها بما يتفق مع الأمانة ومقتضيات الثقة وحسن النية .

وبذلك فإن عملية صياغة الإرادة القانونية واجبة حتى وإن كان هناك تفاوت بين إرادة المتعاقدين ومبدأ حسن النية .(١)

١- سالي المرجع السابق صفحة ٢٢٧

الخـــــاتمـــــة

إن دراستنا لموضوع تفسير العقد تجرنا إلى استخلاص نتائج عديدة توضح لنـا الأهميـة البالغة لدراسة هذا الموضوع

فالقاضي و هو يفسر العقد يجد عمله لا يقتصر على عملية التفسير بصفة مستقلة ,و إنما يرجع إلى الخلف إلى مرحلة تكوين العقد ,فبحثه عن النية المشتركة للتعاقـدين يلزمـه التحري في مدى صحة رضاء المتعاقدين .فإذا كان الرضا مشوبا بعيب من العيوب، فيعني هذا أن القاضي لن يصل إلي مراده من تفسير العقد .

وحيث أن المشرع الجزائري مثل باقي التشريعات قد أعطى القاضي قواعد يستعين بها في الوصول إلى تفسير العقد هذه القواعد إنما جاءت على سبيل المثال وللقاضي أن يستعين بوسائل أخرى يراها مناسبة تمكّنه من الوصول إلى النتيجة التي يسعى وراءها .

وإنّ الصعوبة التي يواجهها القاضي في البحث عن النية المشتركة تتمثل في المصدر الذي يأخذ به في استخراجها ,وهو أمام الاختلاف و الصراع الذي لا يزال محـل نظـر إلى الوقت الحالي .

و المشرع الجزائري قد وقف موقف الوسط فيما يخص هذه المسألة وحسنا فعل فقد أخذ بالإرادة الظاهرة و الباطنة في استخلاص نية المتعاقد وذلك حسب الآثار الـتي تترتـب عليها.و القاضي عليه أن يكون حكيما في الاستعانة بالإرادة التي تمكنه من الوصول إلى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين .

بالإضافة إلى النقطة المهمة التي يجب الإشارة إليها و المتمثلة في تقرير المشرع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين .

فهذه القاعدة الملزمة للقاضي تقيده في حالة ما استحال عليه الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين .

والمشرع قد وجد حلا له يمكنه من تفسر العقد ,وفي هده الحالة القاضي لن يقف عنـد النية المشتركة ,و إنما يغلب نية المدين علي نية الدائن كونه الطرف الضعيف في العقد .

وقد أورد المشرع استثناءات لهذه القاعدة التي تتمثل في تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان سواء كان مدينا أو دائنا , وقد فعل ذلك على غرار القانون الفرنسي الذي أهمل تقنين هذه القاعدة رغم الأهمية البالغة لها والتي أخذ با القضاء والفقه في فرنسا , وتطبق حتى في المحاكم الفرنسية .

ويظهر لنا جليا دور المحكمة العليا وهي محكمة القانون التي تفرض رقابتها على مـدى احترام القاضي للقواعد القانونية

ونية المقرر لتفسير العقد الغامض . كذلك تظهر الرقابة في تقيد السلطة الممنوحة للقاضي في تفسير الوقائع بموجب إلزامه بتسبيب النتيجة التي توصل إليها .

وبذا فإن القاضي في الحالتين يخضع لرقابة من المحكمة العليا ,سواء في تفسيره لمـسائل القانون , أو تفسيره لمسائل الواقع .

ويرجع ذلك لما للعقد من قدسية خاصة وأنه أصبح عنصرا جوهريا في جميع المعـاملات اليومية وبالذات الاقتصادية منها وبدأت الرضائية تكاد تندثر.

وفـ ـ ـقنا الله لـما يحـ ـ ـبه ويرضـ ـ ـ ـ ـاه.

قائمة المراجع المعتمد عليها في البحث

مراجع باللغة العربية :

المراجع العامة :

١-د/أنور سلطان مصادر الالتزام الموجز النظرية العامة للالتزام دار النهضة العربية الطبعة ١٩٨٣

٢-د/ أحمد شوقي عبد الرحمن قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدي تأثير قواعد الاثبات عليها المطبعة العربية الحديثة طبعة ١٩٧٧

٣-د/ إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية والتجارية الجزء ٢ مفاعيل العقد طبعة الثانية ١٩٩٨

٤- د. لغوثي بن ملحة قواعد و طرق الاشبات ومباشرتا في النظام القضائي الجزائري الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠١

٥-د/بدر جسام اليعقوبي أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي الطبعة ١٩٨١

٦-د/ توفيق حسن فرج النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية دار النهضة العربية الطبعة ٣

٧-د/جميل الشرقاوي دروس في أصول القانون دار النهضة الطبعة ١٩٧٢

٨-د/عبد الحي حجازي النظرية العامة الالتزام وفق للقانون الكويتي دراسة مقارنة المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردةمطبوعة جامعة الكويت سنة١٩٨٢

٩-د/ علي إبراهيم الوسيط في المعاهدات الدولية دار النهضة العربية ١٩٩٧-١٩٩٨

١٠-د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد دار النهضة العربية الطبعة ١٩٨١

١١-د/ علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد مطبعة الكاهنة ١٩٩٧

١٢ -د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ج ١نظرية الالتزام طبعة الثانية ١٩٦٣
-مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ القاهرة ١٩٦٠
١٣-د/عبد الحكم فوده تفسير العقد في القانون المدني المصري مقارن منشأة المعـارف الأسكندرية الطبعة ١٩٩٣
١٤-د/ عبد الحميد الشواربي فسخ العقد في ضوء القضاء والفقـه منـشأة المعـارف الإسكندرية طبعة ١٩٩٧
١٥-د/عبد المنعم فرج الصده نظرية العقد في القوانين العربية دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٤
١٦-د/محمد صبري السعدي:
-شرح القانون المدني الجزائري نظرية العقد الجزء الأول مصادر الالتزام التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة دار الهدى عين ميلة طبعة ١٩٩٢-١٩٩٣
-تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية المطبعة الجهوية وهران ديوان المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٨٤
١٧-د/ محمد الزهدور الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفقا لأخر التعديلات طبعة ١٩٩١
١٨-د/منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقـه الإسـلامي و القوانين المدنية الوضعية مصادر الالتزام مكتبة الثقافة المنشر والتوزيع طبعة ١٩٩٦
١٩-د/ لعشب محفوظ بن حامد عقد الإذعان في القانون المدني الجزائـري والمقـارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر طبعة ١٩٩٠
٢٠- د / سليمان مرقس نظرية العقد دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٨

المراجـــــــــع الخاصـــــة :

١-/عبد الوهاب خلاف تفسير النصوص القانونية وتأويلها بحث منشور مجلة القانون و الإقتصاد مارس ١٩٤٨ العدد ١ السنة الثامنة

٢-د/ حميد بن شنيتي سلطة القاضي في تعديل العقد أطروحة لنيل دكتواه الدولة في القـانون جامعـة الجزائر معهد الحقوق بن عكنون سنة ١٩٩٦

٣-د/ إبراهيم بن جديد السلطة التقديرية للقاضي المدني رسالة ماجستير في القانون سنة ٩٤-٩٥ جامعة الجزائر

٤-د/ لبني مختار وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن رسالة ماجستير سنة ٧٧ جامعة الجزائر

٥-د/أب ولد امباري حسن النية في القانون الدولي رسالة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية سنة ٢٠٠٠-٢٠٠١ جامعة الجزائر

٦-د/ لعصامي عبد الرحمان الاثبات باليمين في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنـة رسالة ماجستير سنة ١٩٨٥-١٩٨٦جامعة الجزائر

٧- مجلة المحاماة السنة الرابعة رقم ٥٣٩.

٨ -المجلة القضائية الجزائرية :

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٨٩العدد الأول

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٩٠ العدد الأول

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٩٣ العدد الرابع

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٩٤ العدد الأول

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٩٧ العدد الثاني

المجلة القضائية الجزائرية لسنة ١٩٩٨العدد الثاني

المراجـ ـ ـع باللغة الفرنسية :

1-MARTY : role du juge dans l'interprétation des contrats travaux assetiation capitant t.p 1949.

2-SALEILLES : de la déclaration de volonté contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand paris 1901 édition 1978 .

3-CARRE : loi d'organisation et de compétence t2 paris 1946.

4-DEMOLOMBE : coure code napoléan traité de contrat t25 paris 1٩69.

5-LOUIS JOSSERAND : cour de droit civil positif francaise paris 1933.

6-MAZEAUD :lecon de droit civil tome 2 édition 4em .

7- AHMED ZAKE CHITE : la formation du contrats et l'interprétation M al Qanoun wal Iqtisad .tom 1et 2 S 9anne 1949.

8-E.ALLAN FARNSWORTH L'INTERPRETATION DES CONTRATS INTERNATIONAUX REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATOINALES VOLUME 3-4 ANNEE 2002.

9-JURIS CLASSEUR DE DROIT INTERNETIONAL EDITIONS TECHNIQUES S.A PARIS1990 fasc 552 E

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٠١	مقدمة
٠٩	الفصل الأول تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين
٠٩	المبحث الأول مفهوم التفسير
٠٩	المطلب الأول ماهية التفسير
٠٩	الفرع الأول التعريف بالتفسير
١٣	الفرع الثاني الحاجة إلي التفسير
١٦	الفرع الثالث أقسام التفسير
١٧	أ – التفسير التشريعي
١٧	ب- التفسير القضائي
١٧	ت – تفسير المتعاقدين للعقد
١٧	الفرع الرابع صور التفسير
١٨	أ- العلاقة بين الارادة والتعبير عنها
١٩	ب- صور الإختلاف بين الارادة و التعبير عنها
٢٠	المطلب الثاني التمييز بين التفسير والأنظمة المقاربة له
٢٢	الفرع الأول الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد
٢٥	الفرع الثاني الفرق بين تفسير العقد وتفسير القانون
٢٦	الفرع الثالث الفرق بين تفسير العقد و التكييف العقد
٢٧	الفرع الرابع الفرق بين تفسير العقد والتعديل

المطلب الثالث : البحث في النية المشتركة للمتعاقدين	٢٩
الفرع الأول تعريف النية المشتركة	٣٠
الفرع الثاني الأخذ بالإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة	٣٠
الفرع الثالث الأخذ بالإرادة الباطنة في التعرف على النية المشتركة	٣٢
فرع الرابع موقف المشرع الجزائري من النظريتين	٣٣
المبحث الثاني القواعد الأصولية في التفسير	٣٥
المطلب الأول التفسير في حالة وضوح عبارات العقد	٣٦
الفرع الأول تعريف العبارات الواضحة	٣٦
الفرع الثاني مدى جواز تفسير العبارات الواضحة	٣٧
المطلب الثاني التفسير في حالة غموض عبارات العقد	٤١
الفرع الأول الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة	٤٢
أ - العبارات المبهمة	٤٣
ب - التناقض	٤٣
ت - النقص	٤٣
ث - الخطأ	٤٣
الفرع الثاني قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد	٤٤
أ – حسن النية	٤٤
ب -الشرط المؤلوف	٤٥
ت -طبيعة التعامل	٤٧
ث -الأمانة والثقة	٤٨
ج -الإستهداء بروح العقد والغرض منه	٤٨
ح – قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله	٤٩
خ -مراعاة العقد في مجموعه	٤٩

الفرع الثالث قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد	٥٠
أ - العرف الجاري في المعاملات	٥١
ب - ظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد	٥٢
ت - طريقة تنفيذ العقد	٥٣
المطلب الثالث تأثير قواعد الإثبات في التعرف على نية المتعاقدين	٥٤
الفرع الأول الالتزام بالقواعد العامة للإثبات	٥٥
الفرع الثاني جواز الاستعانة بكافة وسائل الإثبات	٥٨
الفرع الثالث التفرق بين العبارات الواضحة والغامضة في مـدى جواز الاستعانة بوسائل الاثبات	٦٠
الفصل الثاني التفسير في حالة استحالة الوصول إلي النية المشتركة للمتعاقدين ودور المحكمة العليا	٦١
المبحث الأول قواعد التفسير الموضوعية	٦٢
المطلب الأول قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين	٦٣
الفرع الأول مدلول القاعدة	٦٣
الفرع الثاني شروط تطبيقها	٦٤
الفرع الثالث أساس تقرير القاعدة	٦٦
الفرع الرابع نطاق تطبيق القاعدة	٦٧
المطلب الثاني تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الإذعان	٦٨
الفرع الأول تعريف عقد الإذعان	٦٨
الفرع الثاني طبيعة عقد الإذعان	٧٠
الفرع الثالث تفسير عقد الإذعان	٧٣
الفرع الرابع أساس تقرير القاعدة	٧٥

المبحث الثاني دور المحكمة العليا في عملية التفسير	٧٧
المطلب الأول التمييز بين الواقع و القانون في عملية التفسير	٧٨
الفرع الأول معيار التمييز بين الواقع والقانون	٧٨
الفرع الثاني ما يعتبر قانونا في التفسير يخضع لرقابة المحكمة العليا	٨١
المطلب الثاني سلطة قاضي الموضوع فيما يعتبر واقع في التفسير	٨٥
الفرع الأول حدود سلطة قاضي الموضوع في تفسيره للوقائع	٨٥
الفرع الثاني النتائج المترتبة على السلطة التقديرية للقاضي	٨٧
الخاتمة	٨٩
قائمة المراجع	٩١